

ÉTUDE HISTORIQUE & JURIDIQUE

. SUR LA

PROMESSE D'ÉGALITÉ

THÈSE POUR LE DOCTORAT

*L'acte public sur les matières ci-après
sera soutenu le Mardi 28 mai 1907, à 10 heures*

PAR

NAVIÈRES DU TREUIL

Président : M. BOISTEL, professeur

*Suffragants : { MM. PLANIOL, } professeurs
AUDIBERT, }*

LIBRAIRIE

DE LA SOCIÉTÉ DU RECUEIL J.-B. SIREY ET DU JOURNAL DU PALAIS

Ancienne Maison L. LAROSE et FORCEL

22, Rue Soufflot, PARIS, 5^e Arrond.

L. LAROSE et L. TENIN, Directeurs

—
1907

THÈSE
POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

ÉTUDE HISTORIQUE & JURIDIQUE

SUR LA

PROMESSE D'ÉGALITÉ

THÈSE POUR LE DOCTORAT

*L'acte public sur les matières ci-après
sera soutenu le Mercredi 28 Mai 1907, à 10 heures*

PAR

NAVIÈRES DU TREUIL

Président : M. BOISTEL, professeur

*Suffragants : { MM. PLANIOL } professeurs
 { AUDIBERT, }*

LIBRAIRIE

DE LA SOCIÉTÉ DU RECUEIL J.-B. SIREY ET DU JOURNAL DU PALAIS

Ancienne Maison L. LAROSE et FORCEL

22, Rue Soufflot, PARIS, 5^e Arrond.

L. LAROSE et L. TENIN, Directeurs

1907





Digitized by the Internet Archive
in 2026

BIBLIOGRAPHIE

A) Droit romain

GIRARD. — *Manuel de Droit romain*, Paris, 1898.

CUQ. — *Les Institutions juridiques des Romains*, Paris, 1891-1902.

CUQ. — *Le Conseil des Empereurs d'Auguste à Dioclétien*, Paris, 1884.

B) Ancien droit

ANOUILH. — *De l'Institution contractuelle dans l'ancien Droit français et le code Napoléon* (Appendice), Paris, 1860.

AUROY DES POMMIERS. — *Commentaire de la coutume du Bourbonnais*, Paris, 1780.

AUFFROY. — *Évolution du Testament en France des origines au XIII^e siècle*, Paris, 1899.

AUZANET. — *Œuvres*, Paris, 1708. — *Mémoires et réflexions*.

BARDET. — *Recueil d'arrêts du Parlement de Paris*, éd. 1773.

BASNAGE. — *Coutume de Normandie*, Rouen, 1778.

BOYER (BOÉRIUS). — *Decisiones burdegalenses*, Lyon, 1603.

- BOUCHEUL. — *Traité des conventions de succéder*, Poitiers, 1727.
— *Coutumier général ou corps et compilation de tous les commentateurs sur la coutume du comté et pays de Poitou*, Poitiers, 1727.
- BOUHIER. — *Observations sur la Coutume du duché de Bourgogne*, 1742.
- BOURJON. — *Droit commun de la France*, Paris, 1770.
- BRETONNIER. — *Questions de Droit*, Paris, 1783.
- BRODEAU. — *Recueil des notables arrêts de Louet*, Paris, 1627.
- CATELAN. — *Arrêts remarquables du parlement de Toulouse*, 1744.
- CHABROL. — *Commentaire sur la Coutume d'Auvergne*, Riom, 1724.
- CHARONDAS LE CARON. — *Pandectes du Droit français*, Paris, 1607.
- CHOPIN. — *De legibus Andium*, Paris, 1581.
- G. COQUILLE. — *Coutume du Nivernais*, Paris, 1635. — *Institutions du Droit des Français*, Paris, 1607. — *Questions et réponses*, Paris 1665.
- Cuiacii opera*. — Paris, 1637.
- DANTY. — *Journal du Palais*, Paris, 1755.
- DENIZART. — *Collection de décisions nouvelles*, Paris, 1773.
- ESMEIN. — *Études sur l'histoire du droit canonique privé*, Paris, 1891.
- DUMOULIN. — *Coutume de Paris*, Paris. 1576.
- DE FERRIÈRE. — *Dictionnaire de Droit et de pratique*.
- FURGOLE. — *Questions sur les donations*, Toulouse, 1761.
- GUY PAPE. — *Decisiones*, Lyon, 1613.
- HENRYS. — *Recueil d'arrêts remarquables*, Paris, 1662.
Journal des Audiences passim, 1751-1757.

- LABOULAYE. — *Recherches sur la condition des femmes*, 1846.
- DE LAURIÈRE. — *Traité des institutions et substitutions contractuelles*, Paris, 1715.
- LEBRET. — *Décisions de plusieurs notables questions*, Paris, 1689.
- LEBRUN. — *Traité des successions*, Paris, 1714.
- LEPRESTRE. — *Questions notables de droit*. Paris, 1679.
- MASUER. — *Pratica forensis*, Lyon, 1608.
- MAYNARD. — *Notables questions de droit écrit*, Paris, 1628.
- MERLIN. — *Répertoire de Jurisprudence au mot Institution contractuelle*.
- D'OLIVE. — *Questions notables des droits*, Toulouse, 1639.
- DE RENUSSON. — *Traité des Propres*. — Nouvelle édition revue par SÉRIEUX, Paris, 1780.
- RICARD. — *Traité des Donations*, Paris, 1754.
- ROZIÈRE. — *Recueil général des formules*, Paris, 1859.
- THAUMAS DE LA THAUMASSIÈRE. — *Décisions sur les coutumes du Berry*.

C) Droit moderne

- AUBRY ET RAU. — *Cours de Droit civil*, Paris, 1869-76.
- BAUDRY ET COLIN. — *Donations et Testaments*, Paris, 1896.
- BONNET. — *Des dispositions par contrat de mariage et des dispositions entre époux*.
- CHAMPIONNIÈRE ET RIGAUD. — *Traité des Droits d'enregistrement*, Paris, 1839-51.
- COIN-DESILLES. — *Commentaire analytique du Code civil*, Paris, 1844.

DALLOZ. — *Répertoire de Jurisprudence et suppléments*, Recueils périodiques, *Passim*.

DELVINCOURT. — *Cours de Droit civil*, 1824.

DEMOLOMBE. — *Traité des donations, du mariage, des successions*, 1845-1882.

DURANTON. — *Cours de droit français suivant le Code civil*, 1825-1842.

FENET. — *Travaux préparatoires du Code*, Paris, 1827.

GUILLOUARD. — *Traité du Contrat de mariage*, 1888-1889.

LAURENT. — *Principes de Droit civil*, Bruxelles, 1869-1878.

MARCADÉ. — *Explication du Code civil*, Paris, 1873-1875.

MASSÉ ET VERGÉ. — *Droit civil français*, d'après Zachariæ, Paris, 1854.

PLANIOL. — *Traité élémentaire de droit civil*, Paris, 1902-1903.

RODIÈRE ET PONT. — *Traité du contrat de mariage*, Paris, 1869.

SIREY. — *Recueil des lois et arrêts*, *passim*.

TOULLIER. — *Droit civil français*, Paris, 1830-33.

TROPLONG. — *Des donations et testaments*, Paris, 1855.

ZACHARIÆ. — *Le droit civil français*, 1839-1846.

INTRODUCTION

La faveur des contrats de mariage a suscité un certain nombre de pratiques qui, surtout à l'époque de la confection du Code, s'éloignaient du droit commun. Le Code en effet poussé plutôt par la crainte d'un retour des préjugés de noblesse que par celui de crimes imaginaires, avait sévèrement interdit le pacte sur succession future. Cependant, en lisant les articles 1.082 et suivants, on voit que sous le nom de « donation de biens avenir », il conserve dans notre droit de bien vieilles pratiques qui avant la révolution portaient généralement le nom « d'Institutions contractuelles » et de « Rappel à succession ».

Longtemps on crut que l'idée de se donner un héritier, de restreindre, de modifier sa capacité de tester était d'origine romaine. Cependant des travaux qui remontent jusqu'au xviii^e siècle nous prouvent bien que ces sortes de pactes sont d'origine coutumière (1). La faculté de disposer de son bien d'une façon clandestine répugnait aux anciens

(1) Il est vrai que l'on a plus particulièrement étudié les origines de l'institution contractuelle.

Francs, et au testament on préférerait un autre pacte qui consistait à donner de son vivant devant toute la famille intéressée, l'universalité ou une quote-part de sa fortune. Ce contrat, fait en général par un célibataire au profit de son neveu, permettait à ce dernier de se donner l'illusion d'une famille. Dans cette pratique nous trouvons l'une des sources de ces donations de biens avenir : l'Institution contractuelle.

Puis nous savons que les parents étaient obligés par les coutumes barbares de diviser d'une façon absolument inégale leur patrimoine; aussi les père et mère durent-ils, pour corriger les aspérités de la coutume, instituer les filles tout comme les oncles instituaient leurs neveux. Voilà la deuxième source de ces contrats : le Rappel et la Promesse d'Égalité.

Que voulait en effet l'Instituant dans ces différents pactes? Assurer à la personne au profit de laquelle la clause était stipulée un avantage certain mais seulement payable au décès. Un avantage certain, disons-nous; le promettant aliénait au profit de l'institué une partie de sa capacité de disposer et cela d'une façon aussi irrévocable que le fait la loi elle-même lorsqu'elle appelle un enfant dans la succession de ses parents. Mais cet avantage n'est dû qu'au décès; l'instituant a voulu conserver jusqu'à la mort la libre disposition de son patrimoine et entend n'en délaisser aucune parcelle avant cette époque.

Il est évident que cette idée de modifier sa capacité de

disposer par contrat de mariage a engendré un certain nombre de clauses que nous avons déjà divisées quant aux sources.

Le pacte le plus connu de tous est certainement l'institution contractuelle surtout lorsqu'elle est adressée à des personnes autres que les enfants. Ajoutons ce correctif parce que ce que nous appellerons bientôt Institution contractuelle pour portion virile a échappé à la plupart des auteurs.

Quelle est l'économie de cette clause. C'est, nous fait remarquer M. Planiol (1) dans son traité élémentaire de droit civil, d'assimiler l'institué à un réservataire dans la fortune de l'instituant : cette manière de voir nous semble des plus exactes. En effet l'instituant s'est simplement interdit de faire dans la mesure déterminée par le contrat des libéralités au profit de tierces personnes et par conséquent au détriment de l'institué.

On la rencontre sous plusieurs formes. C'est par exemple — et c'est le cas le plus ancien — un oncle qui assure à son neveu sa fortune ou une quotité de cette dernière. Le neveu sera dans une situation à peu près (2) identique à celle d'un enfant et cet avantage permettra au gratifié la critique de toutes les libéralités faites à l'encontre de cette clause. Parfois cette promesse est consentie au profit d'un étran-

(1) Planiol, *traité élémentaire de Droit civil*, tome III, n° 3178.

(2) Voir art. 1082 « dons modiques ».

ger, mais ce n'est souvent qu'un leurre ; car il arrive fréquemment que dans ce cas c'est au profit d'un enfant naturel non reconnu qu'elle est consentie : par ce moyen le père peut donner à son enfant même d'origine adultérine l'universalité de son patrimoine.

Quant à l'institution faite par le père légitime au profit de l'un de ses enfants, elle revêt trois formes principales.

Le père donne à l'un de ses enfants par préciput la totalité ou une partie déterminée de la quotité disponible ; l'enfant au décès de son père s'attribuera hors part l'avantage qui lui aura été consenti, et aura une action en réduction pour faire annuler les avantages qui auront pu être conférés plus tard à d'autres personnes.

L'institution contractuelle peut se dissimuler sous la forme d'une certaine somme à prendre dans les « clairs deniers » que laissera le disposant à sa mort : l'institué avant tout partage de la quotité disponible prendra la somme déterminée dans le contrat. Souvent il est stipulé que cet avantage ne pourra en quoi que ce soit préjudicier les frères et sœurs ! La clause devient suspecte, il est vrai « promettre et tenir sont deux », comme on disait dans l'ancien droit.

L'institution contractuelle revêt encore une troisième forme, c'est ce que nous appellerons l'institution pour portion virile ; mais comme nous le remarquerons dans ce travail elle tient à la fois de la première et de la deuxième source indiquée. Cette clause autorise l'institué à réclamer

au décès de son père une portion de la quotité disponible, portion qui variera selon le nombre des enfants à cette époque. De cette façon non seulement l'enfant obtiendra sa réserve, mais il lui sera garanti, en proportion de cette dernière, une part égale dans la quotité disponible et variant comme celle qui lui est assurée en qualité de réservataire. Nous disons que cette disposition tient à la fois de l'une et de l'autre source « de donations de biens avenir » c'est ce que nous allons démontrer en passant à ces dernières.

Dans notre ancien droit, grâce à la multiplicité des Rappels, cette source était des plus fécondes. On sait en effet que les filles ou les petits enfants étaient souvent exclus de la succession paternelle. Pour les rétablir dans leurs droits il fallait une disposition très souvent contractuelle, parfois testamentaire. Mais cette disposition, appelée du nom général de « rappel », engendrait des droits très incertains dont le maximum ne pouvait être que la simple institution d'héritier donnant, il est vrai, le droit aux réserves souvent fort considérables mais parfois très restreintes selon la composition des patrimoines.

Il y avait donc intérêt à promettre davantage. Comme il pouvait être dangereux de voir passer la quotité disponible à l'un des frères surtout à l'aîné, on stipulait que dans cette quotité l'enfant qui se mariait obtiendrait sa portion virile c'est ce qui donna naissance au pacte d'Égalité, objet de ce travail. Cette portion virile assurée seule-

ment à l'égard des frères et sœurs était variable en égard naturellement au nombre des enfants. On ne stipulait pas davantage car en général, sauf quelques legs pieux, les libéralités étaient stipulées en faveur des enfants.

Mais surtout depuis la confection du Code, les libéralités faites au profit d'étrangers sont devenues plus nombreuses, aussi la pratique a-t-elle cherché à étendre notre pacte pour le rendre opposable même à ces derniers. C'est ce qui nous ramène à l'Institution contractuelle pour portion virile qui, nous le voyons, tient des deux origines.

Les sources historiques de la promesse d'Égalité, ayant été incomplètement élucidées, on a cru souvent devoir assimiler les deux clauses, ou parfois les confondre de la façon la plus malheureuse. Qu'il nous soit donc permis de rechercher les origines de la promesse d'Égalité. En étudiant les toutes lointaines sources de cette stipulation, ainsi que la jurisprudence ancienne, nous montrerons le mécanisme d'une clause toute coutumière; de même nous prouverons que dans l'ancien droit cette clause n'avait qu'une portée restreinte, découlant de ses origines mêmes.

Dans cette même partie de notre travail nous pourrons en même temps assister à cette longue et lente mais irrésistible évolution du droit de la femme vers des droits meilleurs. Ainsi après avoir interrogé l'histoire nous aborderons avec plus de fruit les nombreuses controverses qui, dans notre droit moderne, ont été suscitées

par cette clause soit lorsqu'elle est en conflit avec l'institution contractuelle pour portion virile, soit lorsqu'il faut la concilier avec d'autres parties de notre droit, tels le partage ou la dot par exemple.

Avant d'aller plus loin, qu'il nous soit permis de faire remarquer qu'au point de vue moral les pactes sur succession future peuvent être diversement interprétés. Il est certain qu'ils engendrent une atteinte assez grande au droit de tester. Mais est-ce que tous les défenseurs de la liberté testamentaire s'élèveraient contre ces sortes de clauses ? Nous ne le croyons pas. On objectera peut-être que la clause d'Égalité diminue l'autorité du père de famille ; on répondra d'autre part que souvent les préférences ont lieu, non en faveur du plus méritant et du plus digne, mais au profit du plus cauteleux et du plus intrigant ; et que la publicité qui entoure ces sortes de contrats est un gage certain d'impartialité et de justice.

Pour nous, au point de vue absolu, nous ne prendrons aucun parti dans cette controverse : telle clause est excellente qui dans telle hypothèse sera nuisible. Les parties d'abord, leurs conseils ensuite doivent envisager ce qui, dans chaque espèce est de l'intérêt bien entendu d'un chacun ; car à notre avis la libre volonté des parties ne doit être entravée que dans la plus faible mesure possible.

PREMIÈRE PARTIE

LES ORIGINES

I

Si nous ouvrons un ouvrage du dix-huitième siècle ou un répertoire de jurisprudence actuelle, l'origine de la promesse d'Égalité, confondue d'ailleurs avec celle de l'Institution contractuelle, ne serait point difficile à établir. Au seizième siècle et au commencement du dix-septième on cherche à appuyer tout raisonnement juridique sur une formule romaine et, lorsque dans l'arsenal de ces lois, on a trouvé un texte qui, tant bien que mal, pourra se rattacher au contrat étudié, on s'empresse d'en faire état ; plus tard des juriconsultes moins avisés verront dans ce qui souvent a réussi à maintenir cette disposition l'origine du pacte lui-même. C'est ainsi que les auteurs du dix-huitième siècle qui ont particulièrement étudié cette clause, Boucheul par exemple, penchent vers l'origine romaine. Si au contraire, nous consultons Cujas, ce savant romaniste, plus près des sources, recherche une autre origine qui ne peut être que coutumière. Ses raisons nous les exposerons

plus tard ; nous nous permettrons même d'en ajouter d'autres. Étudions donc dès l'abord ce que l'on a cru trouver pour justifier l'origine romaine de cette clause.

II

Les jurisconsultes qui ont cru voir l'origine exclusive de la promesse d'Égalité dans le droit romain nous citent deux textes, l'un se trouve inséré au Code, c'est une constitution de Valentinien et Gallien de l'an 259 (1), et l'autre un texte byzantin, une novelle de Léon le Philosophe qui en abrogeant le rescrit des empereurs nous apprend que ce texte n'était pas observé dans la pratique, comme beaucoup d'autres, fait remarquer Cujas.

Un père en effet avait fait une promesse d'Égalité dans le *pactum dotale* d'un de ses enfants : il s'agissait de savoir si cette clause était nulle ou valable ; les empereurs répondirent que la clause était nulle. Voici le texte : « Pactum quod dotali instrumento comprehensum est ut si pater vita fungeretur ex æqua portione ea quæ nubebat cum fratre heres patris sui esset neque ullam obligationem contrahere, neque testamenti faciendi mulieris patri potuit auferre ».

(1) Code Liv. II, t. III, 15. Ce texte est donné comme étant de 267 par les anciennes éditions. Kruéger donne la date de 259 ; les fasti consulares de Klein désignant comme consuls cette année-là *Æmilianus* et *Bassus* cités au Code, nous admettrons cette dernière date comme plus exacte.

La note explicative de Godefroy fait bien ressortir les principes qui ont entraîné la conviction des empereurs : « *Filiam tuam cuidam viro tradidisti sed cum ea convenisti ut tibi cum fratre suo ex æquali portione succederet neque civiliter neque naturaliter te obligasti, cum tale pactum sit contra bonos mores de futura successione. Unde eo non obstante, habes testamenti facultatem* (1). C'est donc la condamnation de la promesse d'Égalité ; beaucoup d'auteurs ont trouvé que les empereurs (2) avaient mal jugé en l'espèce. Que leur sévérité à l'égard du pacte avait été excessive ; qu'y avait-il de reprehensible à confirmer en quelque sorte l'œuvre de la nature. N'aurait-on pas dû faire fléchir la rigueur de la prohibition du pacte sur succession future dans une espèce aussi favorable, d'autant plus que le droit romain semblait l'admettre en règle générale, toutes les fois que la personne dont la succession était l'objet avait donné son consentement (3). Il

(1) Godefroy édit. de 1652 au Code, page 141. Voici l'explication de Cujas. *Imperatores aiunt ex eo pacto nullam obligationem nasci et non posse patrem quemadmodum seipsum minuere : libertatem testandi cuilibet civi Romano concessam amitti capitis diminutione, non pactione nuda ut nemo libertatem naturalem, id est, potestatem faciendi quodlibet pactionibus amittit, cum jurisconsultus neget eam libertatem posse deperdere pacto nudo. Il est pourtant certain qu'au sens large du mot toute obligation renferme toujours une capitis diminutio.*

(2) Voir sur la portée des rescrits Cuj., *Institutions juridiques des Romains* II, 28, et *le Conseil des empereurs*, p. 438, qui distingue plusieurs sortes de rescrits au point de vue de la force légale.

(3) Voir au Code, Liv. II, 3 de Pactis 30. *Secundum veteres itaque*

n'est guère possible d'expliquer la rigueur de cette solution, si ce n'est par le grand attachement des Romains pour la liberté testamentaire qui ne put être attaquée d'une façon directe que fort tard par l'introduction de la *quarta legitimæ partis*.

Quoiqu'il en soit la prohibition était gênante ; la pratique, il est vrai, n'appliquait guère le rescrit, c'est ce que va nous expliquer Léon le Philosophe dans sa novelle 19. Posteaquam in selecto Codice legem esse cognovimus quæ propter evidentem absurditatem in hominum animis neutiquam locum invenit ut susciperetur : nedum vim aliquam et efficaciam habet... Aussi n'était-il pas mieux d'ériger en loi ce qui était la coutume : c'est ce que fait l'empereur, il commence par faire la critique du rescrit, source d'iniquité à l'égard de cet enfant qui a été confirmé dans son droit naturel, puis en prononce l'abrogation en ces termes : « Statuimus vero ut parentum nemo jura filiorum quibuscum reliquis liberis æqualem hæreditatis portionem servatum iri in nuptialibus contrac-

regulas sancimus, omnimodo hujusmodi pacta, quæ contra bonos mores inita sunt, repelli, et nihil ex his pactionibus observari, nisi ipse forte de cujus hereditate pactum est, voluntatem suam eis accomodaverit et in ea usque ad extremum vitæ suæ spatium perseveraverit. Ce rescrit est de 531 ; il indique une évolution de jurisprudence mais qui n'atteindrait pas encore bien notre cas, puisque le pacte n'est valable que s'il n'a pas été révoqué ; il vaut donc comme testament.

Voir encore *Nast*, thèse, Paris 1904.

tibus spoponderit, innovare tentet. At si quis pactiones suas aspernari et illius cui tantumdem, quantum alii fratres habituri sunt, promiserit, portioni detrudere compertus fuerit : sciat is *pœnitentia mutata voluntatem invalidam* atque vanam habendam. Ex æquo enim cum aliis fratribus secundum initum pactum filius in bona succedet. » (1)

Voici donc les deux textes qui, en Droit romain, parlent de cette clause : un grand nombre d'auteurs ont voulu y rattacher non seulement la promesse d'Égalité, mais encore l'Institution contractuelle. Nous ne discuterons

(1) Voici le commentaire de Cujas : Abrogata nominatim ista constitutione quam (le rescrit) præterea scribit nusquam fuisse usu-receptam et non dubito quin sint multæ constitutiones in codice quæ nunquam usu obtinere : hæc nunquam usu obtinuit ut ait Leo : confirmatur usus et hæc constitutione abrogatur a Leone ; et hac etiam ratione quia hæc pactio, ut hæc filia mea cum filio succedat æqualiter non est iniqua : certe non est iniqua quæ exæquat filios in successione patris, quos natura exæquabat ; et contra iniquum est licere patri contemnere æqualitatem cui se obligavit, iniquum est filium fraudare portione legitima quod hæc constitutio promittit et, ut ait Leo, hac constitutione pater *κυρι εστι τοτοιουτο συμφωνον απαζειν* id est in potestate patris est hujusmodi conventiones aspernere, et minus filiæ plus filio relinquere ergo rectius dicit Leo hujusmodi pactum justum esse quod æqualitatem constituit inter filios, quod naturalis ratio constituebat : et constringit libertatem testandi : fateor, sed tamen hoc tolerari æquius est, quam inæquale jus dici filiis, maxime cum quis vivus dixit semel jus æquale filiis. Sed in hac tantum specie hoc permittimus, ut possit quilibet sibi constringere testandi libertatem, non in omnibus cum scilicet dotali instrumento placuit patri ut æqualiter succederet patri cum filio..., et il continue en disant que l'on ne doit pas généraliser les exceptions à l'interdiction du pacte successoire.

point pour savoir si cette deuxième convention provient de ces pactes : la réponse est trop facilement négative, il y a trop de dissemblance entre les deux conventions. Mais il est certain que si la promesse d'Égalité que nous allons retrouver dans notre ancienne jurisprudence aussi bien qu'en droit récent n'a pas un lien de filiation prouvé avec ces deux pactes, il n'est du moins pas douteux qu'en droit romain, où déjà pourtant aucune loi ne venait restreindre le principe de l'Égalité entre enfants, la nécessité de leur assurer irrévocablement une part égale, s'était déjà fait sentir.

III

Au moment où les Francs envahirent la Gaule, ces derniers trouvèrent des populations qui depuis plus de cinq siècles vivaient sous la domination romaine. Rome avait donc eu le temps d'implanter dans notre pays sa langue, son droit, en un mot sa civilisation tout entière. Les peuples de Germanie au contraire — et il suffit de lire Tacite, — ont une conception du droit tout autre et naturellement plus rudimentaire ; il semble même que le fonds de leurs coutumes repose sur une idée de respect de la force et de la puissance.

Lisons les premières lois barbares et prenons le régime successoral : la femme incapable de porter la lance voit sa part amoindrie dans les héritages. Prenons la loi salique

par exemple au titre XLII de Alode « Si quis homo mortus fuerit et filios non dimiserit si pater et mater superfuerint in hereditatem succedant; de terra vero salica nulla portio hæreditatis mulieri veniat sed ad virilem sexum tota terræ hereditas perveniat ». La loi des Angles au même titre tranche la question de la même façon « Hereditatem defuncti filius non filia suscipiat. Si filium non habuit qui defunctus est ad filiam pecunia et mancipia; terra vero ad proximum paternæ generationis consanguineum pertineat. » Les Ripuaires excluent les filles, non seulement de l'héritage foncier, mais encore de tout l'héritage paternel : « Si quis absque liberis (1) defunctus fuerit; si pater materque superstites fuerint in hereditatem succedant (2) » Les Saxons laissent aux filles tout l'héritage à défaut de fils mais dans le cas unique où il n'y aurait pas de descendance mâle des fils. (3) Les Bavares, les Alamands paraissent eux aussi exclure les filles.

En Lombardie nous rencontrons un système qui s'est développé dans certaines régions de l'ancienne France; la femme mariée n'a droit à rien; si elle est restée fille elle aura une portion réduite. Seule la coutume des Wisigoths empreinte de principes romains fait exception. Elle proclame l'égalité des sexes et cependant on sent bien que ce

(1) Les commentateurs sont unanimes pour traduire enfants mâles.

(2) *Loi des Ripuaires*, 56.

(3) Nos conceptions modernes sur la représentation rendent cette solution plus normale.

principe n'est point si fort enraciné puisque cette loi se voit obligée de défendre sa solution (1) « Quod in omni hæreditate fœmina accipi debeat æqualiter cum fratribus veniat; nam justum omnino est ut quos propinquitas naturæ consociat hæreditariæ successionis ordo non dividat ».

Voici donc d'après les lois barbares la situation juridique de la femme; elle se trouve réduite à la maigre portion dans la succession paternelle : Il est certain que dans les premiers temps cette inégalité était moins choquante : en effet la femme était, il est vrai, désavantagée dans la succession paternelle; mais ce qu'elle perdait dans celle-ci elle le gagnait dans celle-là d'une façon indirecte grâce à l'avantage conféré à son mari dans la famille de ce dernier. D'autre part à ces époques reculées cette situation correspondait aussi à l'économie du temps; on cherchait surtout à arrondir son domaine; la propriété éloignée ayant peu de valeur à cause du manque de communications et ainsi par ce moyen la terre de famille était moins morcelée.

Cependant cette inégalité choquante ne devait point subsister. D'abord l'affection naturelle que porte un père à tous ses enfants le pousse à l'égalité; d'autre part il serait oiseux de dénier à l'Église l'influence bienfaisante qu'elle a eu à l'égard de l'égalsation des sexes, dérivant de l'égalité qu'elle a toujours enseigné comme devant

(1) *Loi des Visigoths*, l. IV, t. II, ch. 1.

exister entre enfants. Car il est à remarquer qu'à Rome si la femme ne subissait pas d'incapacité légale en cette matière, les mœurs poussaient déjà à avantager les mâles ; il suffit de rappeler les écrits des premiers pères de l'Église (1) et, si d'autre part on a cru bon de prémunir déjà les filles contre les largesses faites aux frères c'est qu'il y avait là un réel danger.

Remarquons encore que l'Église (2) voyait dans le mariage le frein le plus puissant contre la dissolution des mœurs, aussi toute clause capable de pousser vers l'état conjugal était-elle accueillie par elle avec empressement. La théorie chrétienne ne connaît que deux états qui lui inspirent une véritable confiance : la chasteté, état supérieur, mais qui est l'apanage d'une élite et l'état de mariage, condition du plus grand nombre : hors de là il n'y a que libertinage et inconduite. Dans la famille elle veut encore que les bonnes mœurs soient respectées et la sanction sera la prohibition du mariage entre proches parents. Cet empêchement au mariage jusqu'au 6^e degré de l'ordre canonique, qui à l'heure actuelle ne semble plus être maintenue que dans un but lucratif, répondait après les invasions à une haute con-

(1) Voir Esmein, *Le mariage en Droit canonique*, citons par exemple l'épître de saint Paul aux Corinthiens sur le mariage et ces mots de saint Jérôme : « Apud nos quod non licet feminis æque non licet viris et eadem servitus pari conditione sensetur ». Voir encore Ch. Lefebvre, *Introduction à l'histoire du Droit des gens mariés*.

(2) Voir à ce sujet le savant ouvrage de M. Esmein, *Le mariage en Droit canonique*.

ception morale et civilisatrice l'union des deux races gallo-romaines et franques.

Nous savons d'autre part que lorsque les Barbares envahirent la Gaule ils laissèrent aux nations vaincues leurs lois et leurs coutumes : aussi lorsqu'un juge interpellait un plaideur devait-il d'abord lui demander sa nationalité ? Et ainsi, comme nous l'avons fait remarquer, lorsqu'un barbare épousait une femme de sa condition ce qu'il perdait dans le patrimoine de cette dernière était compensé par ce qu'il gagnait dans le sien propre, il n'en fut pas de même lorsque le mélange des races commença à se produire. Le barbare qui épousait une romaine faisait une affaire lucrative puisqu'il était avantagé dans sa propre famille et qu'il venait en concours par parts égales avec ses beaux frères dans la fortune de sa femme ; mais le Gallo-romain qui épousait une fille de race franque était obligé de partager ses sœurs alors qu'il n'obtenait presque rien du côté de sa femme (1). Il y avait donc un obstacle immense à la fusion son patrimoine avec des races : aussi la civilisation la plus avancée devait-elle l'emporter sur l'autre aidée surtout par le courant des idées chrétiennes embrassées avec tant d'enthousiasme par les barbares.

C'est alors qu'il fallut trouver un pacte qui permit de rendre la sœur l'égale de son frère pour lui faciliter

(1) Nous nous attachons surtout au résultat pratique de la chose ; car il n'est point certain qu'à ces époques reculées la communauté existât déjà.

le mariage; et c'est ainsi à notre avis qu'on fut amené à trouver un moyen pour permettre aux filles le partage égal. Aussi n'est-il pas étonnant de trouver dans Marculphe les formules de ces contrats. Voilà le texte : « *Diuturna sed impia inter nos consuetudo tenetur, ut de terra paterna sorores cum fratribus portionem non habeant. Sed ego, perpendens hanc impietatem, sicut mihi a Domino æqualiter donati estis filii, ita et a me sitis æqualiter diligendi; de rebus meis post meum discessum æqualiter gaudeatis* (1). Ideoque per hanc epistolam te, dulcissima filia mea, cum germanis tuis filiis meis illis in omni hereditate meâ, æqualem et legitimam esse constituo heredem, ut tam de alode paterna quam de comparato, vel mancipiis aut præsidio nostro, vel quodcumque moriens reliquero, æqualentia cum filiis meis, germanis tuis, dividere et exæquare debeas, et in nullo penitus portionem minorem quam ipsi non accipias, sed omnia vel ex omnibus inter vos dividere, vel exæquare æqualiter debeatis (2) »

Certains ont voulu voir dans ce texte l'origine de l'Institution contractuelle; mais il est certain qu'ils sont dans l'erreur; nous sommes à coup sûr en face d'une simple promesse d'Égalité, car celui qui fait cette convention ne s'engage qu'à une seule chose : ne pas rompre l'Égalité au détriment de sa fille. L'origine de l'Institution contractuelle ne peut se trouver que dans la formule qui suit celle

(1) Certaines éditions donnent *gratulemini*.

(2) *Recueil de Marculphe*, L. XII.

que nous venons de citer ; grâce à cette dernière un oncle dispose en faveur de l'un de ses neveux n'ayant pas eu le bonheur d'avoir des enfants. Nous trouvons encore dans Rozière deux autres formules qui sont, à n'en pas douter encore des promesses d'Égalité « Dum cognitum est qualiter secundum legem salicam in portione paternâ cum fratribus tuis filiis meis potes accedere ; sed ego perpendens hanc *impietatem*, sicut moribus æqualis debiti estis filii, ita et a me sitis æqualiter diligendi et de omnibus rebus meis post meum quoque discessum, æqualiter gratuletis. » Dans l'autre formule s'adressant à sa fille le père dit : « in omnes res meas tam ex alode parentum meorum quam ex meo mihi obvenit in pago illo, in loco qui dicitur ille, in quascumque pagis aut terretoriis ubicumque habere videor, tam mansis, domibus, ædificiis vineis, silvis, campis, pratis, pascuis.. in omnes res meas hereditate apud germanos tuos filios meos succedas æqualentia inter vos exinde dividere vel exæquare faciatis. »

Voici donc trois textes anciens au moyen desquels le père assure à sa fille une portion égale à celle de ses frères et pour bien prouver l'erreur de ceux qui ont confondu ces documents avec la source de l'Institution contractuelle c'est que dans les trois hypothèses, c'est toujours un père qui s'adresse à sa fille pour assurer à cette dernière une part égale à ses frères tandis qu'en matière d'Institution contractuelle c'est un célibataire qui, n'ayant pas d'enfant, se fait par ce moyen un héritier.

Il est probable qu'à cette époque on ne connaissait pas la combinaison de la promesse d'Égalité avec l'Institution contractuelle que nous pouvons rencontrer en droit moderne et que nous étudierons plus tard ; les libéralités faites au profit d'étrangers étaient des plus rares et le remède suffisamment énergique.

Cependant il faut avouer que ces formules ont soulevé une controverse qui consiste à savoir quelle pouvait bien en être l'étendue. Entraînaient-elles le partage égal de l'universalité de la succession au profit de la fille ou bien simplement le partage des biens qui ne faisaient pas partie de la *terra aviatica*.

D'après la plupart des auteurs, Pardessus entre autres, la fille instituée avait droit à sa quote-part virile ; suivant M. Eichkorn au contraire l'héritier mâle aurait pu certainement attaquer les dispositions du père mais dans ce cas il était réduit à la *terra aviatica*. Prise dans son ensemble cette dernière théorie nous semble peu soutenable à moins qu'il ne s'agisse des tous premiers temps de l'institution ; car la distinction de ces deux sortes de biens : *l'aviatica* et le *comparatum* qui s'est perpétuée dans notre histoire sous le nom de propres et acquets n'avait, nous le verrons, aucune influence sur le partage égal entre enfants lorsque la clause était stipulée. Cependant il y avait, nous le croyons, une exception certaine pour les grands fiefs (1) ;

(1) Il est à remarquer qu'à l'époque de Marculphe les grands fiefs n'étaient pas encore héréditaires ; mais ils tendront à le devenir sur-

l'intérêt de la famille devenait secondaire et par raison politique, il fallait éviter le morcellement d'abord, l'accession de la fille à la terre familiale ensuite : et comme on l'a dit ne pas faire tomber le fief en quenouilles.

Nous serions donc porté à croire que les principaux fiefs n'étaient pas compris dans le partage égal ; nous serions porté à croire encore qu'aux temps plus reculés le nombre en fut plus considérable. Un texte du dixième siècle d'Othon de Fréminges autoriserait ces conjectures « *salica lege nobilissimi francorum qui salici dicuntur adhuc utuntur* » Et c'est cette répugnance à être gouverné par des femmes qui, perpétuée dans notre histoire a été cause de ce que l'on a écarté les femmes du trône de France et il suffit de lire Froissard pour s'en convaincre « Le roi Charles mourut environ à Pâques de l'an de grâce 1328, sa femme accoucha d'une fille et les 12 pairs de France et les barons s'assemblèrent à Paris au plutôt qu'ils purent ; donnèrent le royaume d'un commun accord à messire Philippe de Valois et en ôtèrent la reine d'Angleterre et le roi son fils laquelle était demeurée sœur germaine du roi Charles dernier trépassé par la raison de ce qu'ils dirent que le royaume de France était de si grande noblesse qu'il ne doit pas par succession aller à femelle. » (1)

tout après la mort de Louis le Débonnaire et surtout après le traité de Verdun.

(1) Il s'agit bien entendu de la 3^e application de la loi Salique ; la

VI

Nous avons donc exposé les textes très anciens qui nous ont révélé l'existence de la promesse d'Égalité : il est temps de prendre parti dans la controverse et de rechercher quelle a pu être l'origine de cette clause.

Étudions d'abord les textes latins. Allons-nous trouver la genèse de cette promesse dans le rescrit de l'an 239? Nous ne le croyons pas. En effet ce texte, malgré nos recherches, ne se trouve dans aucune compilation antique si ce n'est au Code (1). Mais les lois romaines connues en Gaule au quatrième siècle n'étaient point la compilation de Justinien qui n'existait point encore ; mais bien le Grégorien, l'Hermogénien et plus tard le Théodosien. Dans aucun de ces textes le rescrit n'est cité, ou à moins qu'il le soit dans un recueil aujourd'hui égaré, ou dans un passage qui ne nous est pas parvenu ; il nous est donc permis de croire que le rescrit n'a jamais été connu en Gaule à cette époque. La nouvelle de Léon le Philosophe, qui abroge le rescrit, nous apprend qu'il n'était même pas suivi par la pratique

première application aurait eu lieu grâce à de savantes manœuvres de Philippe le Long et peut-être à la disparition du fils de Louis X le Hutin. Voir sur cette curieuse question, Viollet. *Comment les femmes ont été exclues en France de la succession à la Couronne*. Paris, 1893.

(1) Il se trouve pourtant aux Basiliques ; mais elles n'ont eu aucune influence sur le développement du droit français.

dans l'empire de Bysance et ceci nous porte à croire encore que cette décision isolée, qui n'a pu faire jurisprudence, n'aurait été insérée que par erreur (1).

Un autre fait à l'appui de notre théorie vient confirmer nos dires ; c'est seulement au treizième siècle que l'on commence à discuter la valeur de ces pactes et c'est seulement à cette époque que l'on parle du rescrit. C'est à n'en pas douter la réminiscence des études romaines, mais cette fois de la compilation de Justinien par l'école de Bologne, qui en est la cause. Le pacte qui paraissait absolument licite va sembler entaché de nullité grâce à ce texte ; et l'Église va faire pour le maintenir ce qui lui avait réussi pour le testament ; elle va y adjoindre un pacte de serment.

Ce renseignement nous est fourni par une décrétale de Boniface VIII, datant de 1299. « *Quamvis pactum patri factum at filia dum nuptui tradebatur, ut dote contenta, nullum ad bona paterna regressum haberet ; improbet lex civilis ; si tamen juramento non vi nec dolo præstito firmatum fuerit ab eadem omnino servari debebit...* » (2). Il est à remarquer que cette décrétale ne vise pas, il est vrai, la promesse d'Égalité ; mais elle fut toujours entendue comme s'appliquant à tous les pactes sur succession future

(1) Des travaux récents ont permis de classer les rescrits en deux catégories selon qu'ils avaient été ou non affichés. Seuls les rescrits affichés avaient une grande autorité.

(2) In libro Sexti decretalium lib. I, tit. XVIII, ch. II.

ainsi que le prouve, par exemple, un arrêt du parlement de Bordeaux du 28 avril 1561 (1).

Cette décrétale souleva une question intéressante : comment pouvait-il se faire, qu'au nom des bonnes mœurs, on invalidât un contrat au point de vue du droit civil, et que pourtant, il fût reconnu comme valable au point de vue canonique. La réponse nous est donnée par Menochius qui penche vers la validité de notre clause « Non obstat ultimum quoniam respondeo veriore esse eorum opinionem qui affirmant pacta hæc valere et juramento fermari possit. Nam quod dicitur pactum contra bonos mores non esse obligatorium intelligitur primo de pacto turpi et inhonesto alias non. Respondeo etiam secundo pacta contra bonos mores aliter considérari de jure civili aliter de jure canonico. Nam de jure canonico dicitur quid contra bonos mores per quod ad peccatum inducimur. Qui affirmavit donationem omnium bonorum juramento fermari : quoniam is actus quo libera testandi facultas impeditur, peccatum non inducit et ob id non dicitur contra bonos mores de jure canonico. » (2)

Voilà donc pour le rescrit ; passons à la Nouvelle de Léon le Philosophe. Ceux qui ont voulu voir dans cette

(1) Comme nous le verrons plus tard cette décrétale a permis de maintenir en bloc le pacte sur succession future ; mais elle a doublé la faveur des renonciations des filles : elle a donc eu en même temps un effet direct et un effet indirect sur le pacte d'Égalité en sens opposé.

(2) Menochius Consilium primum 167, 168, 169.

novelle la source de la promesse d'Égalité ont commis une erreur encore plus grossière. Il ne faut point s'attacher à l'époque de sa confection qui est contemporaine du dixième siècle — déjà postérieure aux formules de Marculphe — mais bien à celle de sa connaissance en France (1). L'usage de la langue grecque était fort peu connu au Moyen Age ; en 1234, par exemple, Accurse au sujet d'une glose rapportant un passage d'Homère nous dira « græcum est quod legi non potest ». La migration des Grecs après la chute de Constantinople conduisit le droit grec dans la péninsule italienne et de là en France. En 1558 cette langue « est in ore omnium » dit Scrimmer dans sa préface des *Novelles* (2). Au reste le plus ancien manuscrit, connu des nouvelles de Léon le Philosophe est celui de la Bibliothèque de saint Marc ; il date du treizième siècle, mais Mortreuil déclare que les *Novelles* de l'empereur furent ajoutées beaucoup plus tard, et selon lui, leur rédaction sur ce parchemin, serait contemporaine de la chute de Bysance. En tous cas on ne connaît pas d'édition antérieure à 1561. « Au reste, dit cet auteur, ces nouvelles n'eurent qu'une autorité toute relative dans l'empire de Bysance : du dixième au quinzième siècle elles ne sont guère citées. En Occident elles ne sont guère connues malgré l'autorité

(1) Pour de plus amples détails voir Mortreuil, *Histoire du Droit byzantin* et *Geschichte des griechischen römischen Rechts*.

(2) Nous rappelons que le rescrit de Valentinien se trouve aux *Basiliques* XI, 1. 76.

de Beck — qui les avait cru d'une autorité constante en Orient — et qui voulait leur donner force de loi en Occident. » Cet auteur conclut en disant que ces Nouvelles, quoique réunies depuis trois siècles aux autres sources du Droit romain, sont demeurées sans intérêt comme sans autorité. Elles n'ont été que l'occasion d'exercices littéraires, et jamais un but d'application pratique. Ce qui en prouverait le peu d'importance pratique, c'est que dans la période qui a séparé le dixième siècle du quatorzième, elles n'ont aucune autorité; et ce n'est qu'à partir de cette date qu'elles commencent à avoir une certaine renommée (1).

Pour bien nous convaincre de la véracité des faits, avancés par Mortreuil, nous n'avons qu'à citer entre autres un texte de 1506 de Boérius, commentant l'article 5 au titre du Mariage dans l'ancienne coutume de Bourges; cet auteur, très versé dans les choses romaines, n'aurait point manqué de citer la nouvelle s'il l'avait connue (2). Il parle bien du rescrit qu'il analyse; il cite l'autorité de juriscôn-

(1) Certains auteurs, Basnage entre autres, ont été jusqu'à voir dans la Nouvelle l'origine de l'Institution contractuelle. Voir à ce sujet Eusèbe de Laurière, *Traité des Institutions et substitutions contractuelles*.

(2) Voici comment cet auteur s'exprime : « Titius paterfamilias, in contractu matrimonii filii, promisit genero suo quod filia sua succederet æqualiter cum filiis suis et quod non avantajaret, seu plus unquam aliis ex filiis suis relinqueret : et hujus promissionis contemplatione gener contraxit forte cum minori dote, alias non contraxit. Pater tamen in suo testamento nihil facit quia ipsam filiam in sua dote solum heredem instituit; vel masculum avantajavit, seu

sultes mais pas un mot de la Novelle ; il est donc bien probable qu'aussi bien pour lui que pour Balbus, Salfetus et Jason elle est inconnue.

V

Maintenant que nous avons éliminé les deux textes romains qui se sont occupés de la chose ; il ne nous reste plus que l'origine coutumière et quoiqu'en aient cru la majorité des jurisconsultes des derniers siècles, c'est bien là qu'il faut aller la chercher. C'est pour contrebalancer cette aspérité des coutumes germaniques qu'elle a été inventée, ou tout au moins qu'elle a pu fructifier. Car il n'est pas impossible — et c'est le seul renseignement que nous tirerons du rescrit — que cette clause n'ait pas été connue de la pratique dans nos provinces gauloises, pour

idem proelegavit domum paternam vel mediateriam vel certam pecuniarum summam dedit. Quæritur an tale pactum in contractu matrimonii et ejus contemplatione factum valeat. Quod tale pactum non valeat textus est in Lege pactum quod dotali et ibi idem tenent Baldus, Salfetus, Jason. Et ex prædictisclare constat quod si in contractu matrimonii et contemplatione illius conventum est pactum expresse appositum fuerit quod pater, vel alius, puta frater, promiserit dare hereditatem suam totam aut partem hereditatis, vel heredem instituere, quod talis conventio et pactum non valet quia hereditas non potest per pactum dari quia favorabiliter est causa libertatis in testatore quam sit causa dotis.

diminuer la capacité testamentaire du père de famille qui paraissait trop exorbitante : témoin l'évolution toujours progressive dans la loi romaine de la réserve à l'encontre de la quotité disponible.

Et alors de deux choses l'une, ou bien nos anciens formulaires ont adapté, pour des besoins nouveaux, une clause déjà ancienne qui prévoyait une autre situation — et la première idée du pacte serait romaine, mais par une voie complètement détournée, ou bien alors — ce qui est aussi probable, la clause est d'origine coutumière, prenant sa source dans une nécessité pratique que nous avons exposée, et nous ne sommes en face que d'une simple coïncidence. Il est difficile de prendre parti entre ces deux opinions; si nous pouvions connaître la nationalité du *Pactum meius*, à qui est adressé le rescrit de l'an 259, peut-être pourrions-nous faire pencher la balance — et combien faiblement — dans un sens ou dans l'autre.

Quelque soit l'opinion à laquelle on s'arrête, il est certain que l'effet direct du rescrit ne se fait sentir qu'au douzième siècle : témoin la décrétale. C'est cette décrétale qui a permis de maintenir le pacte sur succession future ébranlé par les nombreux textes romains.

Mais en même temps elle nous montre la tendance de l'époque : tendance qui a ses bases dans la féodalité et plus tard dans les idées nobiliaires : aussi cherche-t-on, avant tout, à diminuer la capacité testamentaire de la femme; et l'effet direct sera de faire, des clauses qui

augmentent cette capacité, un droit exceptionnel. Et il ne serait point paradoxal de soutenir que les multiples efforts des romanistes allaient tendre vers leur fin et que Cujas, grâce à la Novelle de Léon le Philosophe, a réussi presque à faire renaître sous le nom de promesse d'Égalité, l'antique rappel de Marculphe.

DEUXIÈME PARTIE

L'ANCIEN DROIT

L'origine historique de cette accession de la femme vers des droits égaux à ceux de l'homme étant dégagée, étudions le système suivi dans notre ancien droit. Deux moyens s'offraient au père de famille pour égaliser ses enfants autant que faire se peut : la clause de Rappel et le pacte d'Égalité. Quand donc employait-on l'un ou l'autre système ? C'est le premier problème à résoudre.

Si nous étudions au point de vue du droit des femmes l'ensemble de nos coutumes, nous pouvons les diviser en deux grandes catégories : les premières, plus imbues des traditions germaniques et féodales, admettent bien que la fille pourra être l'égale de son frère, mais en cas de doute penchent vers une présomption contraire. Pour celles-ci l'égalité n'est qu'un droit exceptionnel : telles sont la plupart des coutumes du centre ; pour d'autres même l'égalité est impossible : telle est la coutume normande.

Les autres coutumes, au contraire, ont subi une évolution

plus rapide (1); le sexe n'emporte pas présomption de part réduite, et si le père de famille veut désavantager sa fille, il doit le faire d'une façon positive, soit par actes entre-vifs soit par testament (2). Si nous ajoutons que dans la plupart des coutumes qui admettaient l'égalité, les parents pouvaient par des renonciations, écarter les filles de leur patrimoine, nous aurons un tableau à peu près complet du mal auquel remédier. Donc dans les coutumes d'inégalité, avant d'assurer à la fille une part égale à celle de ses frères, ne fallait-il pas neutraliser la présomption légale? de même lorsque la fille avait renoncé, ne fallait-il pas la restaurer d'abord dans ses anciens droits successoraux (3)? C'est ce que nous allons étudier en jetant un coup d'œil sur le Rappel.

I

Le travail que nous entreprenons sur le Rappel n'a point pour but d'exposer la théorie générale de cette institution

(1) Les idées féodales ont laissé une moins grande empreinte; la plupart de ces pays, les Flandres et le Nord entre autres, avaient subi l'influence du mouvement d'affranchissement créé par les communes; d'autres, au contraire, avaient été réunis plus tôt à la Couronne.

(2) Nous savons que le testament a reparu depuis longtemps, peut-être même n'a-t-il pas cessé d'exister. Voir Auffroy, *Thèse*.

(3) Comme, nous le verrons, une promesse d'Égalité pouvait se faire dans le deuxième contrat de mariage.

qui n'existe plus (1) ; mais nous manquerions peut-être à la clarté si nous laissions dans l'ombre ce pacte qui a tant d'affinité avec la promesse d'Égalité. L'un et l'autre à notre avis découlent des mêmes sources, et en étudiant le mécanisme de cette clause nous comprendrons mieux la convention qui nous occupe puis nous répondrons à cette objection que nous nous sommes posée au sujet des origines de la promesse d'Égalité : les formules de Marculphe ne seraient-elles que des rappels tels que nous les voyons au seizième siècle ?

Pour mettre un peu de clarté dans une matière aussi obscure, nous allons revenir à notre distinction et nous diviserons les coutumes en coutumes d'Exclusion et en coutumes d'Égalité, lesquelles formaient le droit commun de la France en la matière.

Passons aux premières : elles comprennent la Normandie, l'Auvergne, la Marche, le Poitou, la Touraine, le Lodunois, l'Anjou, etc. Dans ces coutumes, lorsque la fille avait été dotée on supposait que les parents avaient assez largement pourvu à la subsistance de leurs enfants et la fille était sensée avoir renoncé au reste de la succession. Pour laisser à la fille sa qualité d'héritière une clause formelle était nécessaire dans le premier contrat de mariage pour la plupart de ces coutumes. Il est pourtant admis que si les

(1) Nous écartons donc tous les rappels qui n'ont qu'un lien très éloigné avec la promesse d'égalité : tels sont ceux qui permettent la représentation, tel est celui employé en cas d'exhérédation.

autres frères et sœurs ont concouru au Rappel après ce contrat, la fille reviendra à la succession ; si au contraire la fille est rappelée sans ce concours, dans les coutumes muettes sur cette formalité, la discussion est longue et passionnée entre les coutumiers. Nous savons que l'intérêt qu'a la fille à obtenir la qualité d'héritière était des plus grands puisque ce droit lui assurait sa part virile dans la réserve héréditaire, laquelle était souvent considérable. Si au contraire la fille n'obtenait que la qualité de légataire elle ne pouvait exercer ses droits que s'il restait une quotité disponible dans la succession de son auteur.

Avant d'entrer dans la discussion de ces questions qu'il nous soit permis d'étudier la clause dans deux coutumes de notre pays le Plateau central : le Bourbonnais et la Marche.

II

Dans la coutume du Bourbonnais (1), qui semble être toute d'égalité, nous allons voir jouer la présomption d'exhérédation ; et pourtant cette coutume ne proclame-t-elle pas dans son article 217 « Que hors contrat de mariage, les enfants ne doivent recevoir de leurs parents aucune libéralité entre vifs ». « On veut, dit l'annotateur, conserver entre enfants cette égalité due à la naissance et

(1) *Coutume du Bourbonnais*, notes de Ducher, Paris, 1781.

qui doit exister aussi bien dans l'affection des parents vis-à-vis de leurs enfants que dans la dévolution de leurs biens (1). » On va jusqu'à interdire entre si proches parents le contrat d'association, car on présume la fraude dans ces sortes de contrats. Il est vrai, la donation testamentaire est permise, mais n'est-elle pas singulièrement entravée par ce vieil adage admis par la coutume « nul ne peut à la fois être héritier et parcenier ! »

Malgré toutes ces idées égalitaires, cette coutume est une de celles qui proclame la présomption de renonciation ; il suffit de lire l'art. 305 (2). Et cependant ne semble-t-il pas inséré à regret : l'idée est bien d'empêcher de voir passer dans le patrimoine d'une autre famille une terre dont elle possède peut-être le nom. Aussi l'art. 309 (3) admet que la fille viendra en concours par portion égale avec ses autres sœurs s'il n'y a que des filles au décès ; dans ce cas, bien

(1) *Ibid.*, tit. XIX, page 131.

(2) « Fille mariée et apanée par père ou par mère, ayeul ou ayeule paternels ou maternels, après le décès de ses père ou mère, ayeul ou ayeule paternels ou maternels, ne peut demander légitime ni supplément d'icelle, ni aussi venir à succession collatérale dedans les termes de représentation, tant qu'il y a mâle ou descendant de mâle, soit mâle ou femelle, héritant esdites successions, combien qu'elle n'y ait expressément renoncé... »

(3) Fille mariée et apanée ayant renoncé expressément ou faiblement au profit des mâles ou descendants des mâles, s'il n'y a mâle ou descendant de mâle au temps de la renonciation ou après lors de la succession échéant, la dite fille ainsi mariée succède avec ses autres sœurs et se peut dire saisie en rapportant ou moins prenant es succession de père et mère ou autres.

entendu, elle devra le rapport de sa dot. Et enfin lorsque quelque chose est enlevé à la fille, il est bien convenu que cette portion ne pourra qu'accroître la part de ses frères (1). Le rappel nous est indiqué par l'art. 311 (2) qui nous dit que les parents ou autres ascendants en ligne directe pourront réserver à leur dite fille en se mariant en premières noccs ses droits successoraux.

III

La coutume de la Marche nous apprend que dans son ressort « le père soit gentilhomme, soit roturier peut donner à sa fille ce que bon lui semblera en la mariant ! (3) Et la fille ne peut demander ès biens de son père que ce qui lui a

(1) Voir art. 310.

(2) Les père ou mère ou autres ascendants en mariant en premières noccs leurs filles et autres descendants en directe ligne pourront réserver à leur dite fille ou autres descendants en directe ligne droit successif de père et mère et autres lignagers que bon leur semble, mais la dite fille mariée en premières noccs et apanée par ses père et mère ou autres descendants, ne peut être rappelée à aucun droit successif, au préjudice des mâles ou leurs descendants, sans leur consentement exprès soit par deuxième contrat de mariage ou autrement : toutefois n'est prohibé aux dits père et ascendants donner ou léguer à la fille ainsi mariée et apanée en premières noccs ou disposer à son profit de ses biens autrement que par réserve ou rappel de leur droit successif.

(3) Allusion au droit romain qui admettait l'obligation civile de doter. Comp. art. 204 C. c.

été baillé par son dit père en contrat de mariage. » On pourrait croire que la coutume marchoise permettait pratiquement une exhérédation totale de la fille. L'art. 244 dit bien que la fille mariée et douée est forclosée des successions ; elle ne peut donc pas demander de légitime puisque pour être légitimaire il faut être héritier : la fille est donc sensée morte (1). Cependant elle pourra avoir droit à un supplément de dot si celle qui lui a été constituée n'est pas suffisante. Il faudrait que la coutume eût dit qu'elle devait en tous cas se contenter de sa dot et elle ne l'a pas fait. Cependant elle devrait s'en contenter si elle était suffisante pour la nourrir (2).

Comme dans la coutume du Bourbonnais cette clause n'avait d'effet qu'au profit des enfants mâles (3) ; et si ceux-ci venaient à disparaître la fille arrivait en concours avec ses sœurs. Les raisons données sont toujours les mêmes : il faut éviter le morcellement et laisser les biens dans les familles.

La coutume de la Marche étudie encore l'éventualité du décès des parents avant le mariage de leur fille ou le cas de filles non encore dotées ; quels seront les droits de ces dernières dans ce cas ? elles auront une portion réduite ; la

(1) Nous verrons que l'on a tenté de tourner la difficulté par la théorie de la légitime de grâce.

(2) C'est le mariage au chapel de rose.

(3) Bretonnier nous apprend que la jurisprudence du Parlement de Toulouse avait généralisé cette clause.

dot sera calculée en prenant pour base ce qui a été donné aux filles voisines ; on pourra s'en remettre à la décision d'un tiers « arbitrio viri boni » qui constituera la dot eu égard aux qualités de la fille, à celles à son mari, au nombre des enfants ; et Jabely, l'annotateur de cette coutume, ajoute qu'en général — et on discutait même si un arbitre pouvait donner moins — la fille avait sa légitime.

On voit les aléas et les périls dont le futur ménage était entouré, aussi le Rappel devait-il être d'autant plus fréquent que la condition des filles était pire. C'est pourquoi l'art. 238 réservait-il aux ascendants qui mariaient en premières noces leurs descendants le droit de Rappel dans leur patrimoine.

L'art. 240 de cette coutume nous apprend qu'il y eut une controverse ardente sur le fait suivant : une fille dans son premier contrat de mariage n'avait pas été rappelée ; elle bénéficie dans son second d'une clause de Rappel ou bien elle est gratifiée de cette clause dans un autre contrat. Les rédacteurs de la coutume eurent beaucoup de peine à se décider ; ils statuèrent que « dorénavant la fille mariée en premières noces ne peut par son dit père ni autre parent, de la succession de laquelle elle est forclosée, par la dite coutume en faveur des mâles, être rappelée à aucun espoir de droit successif au préjudice d'iceux mâles et leurs descendants sans leur consentement soit par le second traité de mariage ou autrement. » Les coutumiers ont été visiblement influencés par cette idée qu'il y avait droit acquis au profit des mâles.

Donc pour nous résumer dans les coutumes d'exclusion le Rappel était nécessaire pour laisser à la fille sa vocation héréditaire et lorsqu'aucun pacte n'avait été conclu dans le premier contrat, cette clause insérée — soit dans le second ou parfois ailleurs — surtout à la fin de l'ancien régime, permettait, comme nous allons le voir, d'arriver au même résultat. Dans les coutumes d'Égalité l'importance du rappel était moindre, il avait pour but d'anéantir une renonciation à succession déjà faite par la fille dans son contrat de mariage.

IV

Maintenant que nous connaissons la clause de Rappel, il serait bon de préciser quand l'enfant venait comme héritier et quand il venait comme légataire ; c'est une des parties les plus délicates de notre travail. En effet d'abord les distinctions sont nombreuses, et d'autre part on sent que l'on assiste à une évolution évidente des mœurs et du droit ; car, si au seizième siècle on peut dire que la condition pire est de règle, c'est-à-dire que l'effet de la clause s'interprétait dans le sens d'un legs, du moins dans la plupart des cas n'est-il pas douteux qu'à la fin de l'ancien régime, grâce aux efforts des Coquille, Henrys, René Chopin, Lebrun et Bretonnier la valeur de la clause est autrement interprétée ; et les multiples travaux de ces jurisconsultes

arrivent à faire admettre au profit de la fille la qualité d'héritière.

Étudions d'abord le Rappel de la fille présumée exclue par la coutume, mais qui se trouve rappelée par son premier contrat de mariage. Pour ce cas de Rappel, malgré nos recherches, tous les vieux auteurs admettent qu'il donne à la fille la vocation héréditaire. Sauf pour ce cas et celui des coutumes qui — pour rappeler la fille omise dans son premier contrat — ordonnent le concours des frères et sœurs, nous trouvons une controverse. Car en effet les coutumiers admettent que si la fille a été rappelée dans les formes voulues, elle est devenue héritière ; de même que si ses frères et sœurs n'ont pas concouru à ce Rappel sa situation ne peut être que celle d'un légataire.

Voyons les autres cas : une fille a renoncé à succession dans une coutume d'Égalité, son père la rappelle ; dans les coutumes d'exclusion, un père rappelle sa fille sans le concours de ses frères et sœurs mais par hypothèse la coutume est muette sur cette formalité. Comme nous l'avons fait remarquer précédemment plus nous avançons vers le dix-huitième siècle plus la question semble se préciser.

Renusson (2), dans son traité des Propres, nous déclare qu'il est partisan de rendre la fille simplement légataire.

(1) La même évolution se retrouve dans le rappel par représentation. Avec la seconde rédaction des coutumes de conventionnel il devient souvent legal. Puis on déduit la théorie du rappel intra terminos juris qui donne la qualité d'héritier.

(2) Sect. VIII,

Il fonde son opinion sur deux arrêts, l'un du 22 mai 1574 et l'autre du 4 août 1577 qui décidèrent que deux filles rappelées dans le testament de leur père ne pouvaient être considérées que comme légataires. Le principal argument développé et par les deux arrêts et par Renusson c'est qu'il y a un droit acquis au profit des enfants mâles et par conséquent le père et la mère ne peuvent en quoi que ce soit préjudicier non pas aux espérances mais aux droits des enfants. Et c'est sur cette nuance que va s'engager la bataille ; déjà l'arrêt de 1577 avait soulevé des objections. René Chopin qui le rapporte est d'un avis opposé ; il déclare que déjà, sauf dans les coutumes prononçant une exclusion absolue (1), le rappel fait un héritier et non un légataire.

C'est l'opinion de Guy Coquille, laissons la parole à ce savant *auteur* (2).

« Il est bien certain, dit-il, en parlant des coutumes d'égalité, que si ce fait (3) du père n'intervenait, la fille succéderait à son père comme le fils. C'est donc la coutume qui assiste et qui donne force à la volonté du père quand le père par exprès déclare que moyennant la dot, la fille ne viendra pas à la succession ou testament — dans les autres coutumes — par volonté présumée le déclare en apannant sa fille. Ainsi se voit que l'exclusion de la fille

(1) C'est-à-dire qui ont fait de la coopération des autres frères et sœurs une condition absolue de validité.

(2) Guy Coquille, *Questions et réponses*, q. 129.

(3) Exhérédation de la fille.

prend sa source et origine dans la volonté du père et que la loi ne l'exclut pas de par soi, et par conséquent le fils prend cet avantage par bienfait de son père, bienfait, dis-je, qui n'est effectué que par obligation du père envers le fils mais consistant en la volonté du père. Par ces raisons, il me semble qu'il peut révoquer cette exclusion par sa seule volonté et rendre la fille capable à succéder. Je ne dirai pas qu'il l'institue ou la fasse son héritière ; car si cela était nous pourrions en termes de faire valoir la disposition comme legs testamentaire. Mais je dirai que *le père oste l'obstacle qui empêchait la fille de succéder* ; et le dit obstacle ôté la fille se trouve avec sa qualité de fille habile à succéder à son père qui sera saisie par la règle « la mort saisit le vif » à la charge de rapporter sa dot ». Ajoutons à cela l'observation d'Henrys qui dit que dans certaines coutumes le Rappel des filles qui ont renoncé ne peut avoir lieu que, si en les mariant, les parents se sont réservés cette faculté, mais qu'ils peuvent leur faire des legs ou des donations particulières ; il en conclut naturellement que dans les coutumes muettes le Rappel engendrera la qualité d'héritier.

Sérieux, l'annotateur de Renusson (1) et Lebrun (2) nous développent des arguments qui ont subi l'influence de Coquille — ils l'avouent d'ailleurs — Tant que le père est vivant sa succession n'appartient à personne, la fille avant sa renonciation était naturellement apte à succéder ; le

(1) Renusson, *Traité des propres*, ch. II.

(2) Lebrun, livre IV, chap. I.

Rappel n'est qu'un retour favorable à son premier état ; le père ne peut-il pas disposer de son bien, le consommer entièrement ; à plus forte raison ne peut-il pas rappeler ? et pour ce faire il n'a nul besoin du consentement de ses enfants, il avait exclu sa fille par un contrat stipulé avec elle seule, il peut donc la rappeler par une stipulation contraire. Lebrun nous dit encore que la renonciation est basée sur ce fait que le père est présumé avoir donné suffisamment pour désintéresser sa fille ; et le rappel n'est qu'un aveu du devoir non accompli. Il cite encore le cas du rappel par représentation dans la coutume de Senlis par exemple où l'on arriverait à ce fait surprenant, que dans cette coutume, par la même combinaison juridique une nièce serait héritière de son oncle tandis que par le même procédé elle ne serait que légataire dans le patrimoine de son père (1).

C'est encore Lebrun qui étend la qualité d'héritière à la fille dans les coutumes d'exclusion, dans les cas où celle-ci est rappelée sans le concours des frères et sœurs, si ce concours n'est pas ordonné d'une façon impérative par la coutume. « Le mariage et la dotation de la fille, dit-il, ne sont pas une Institution contractuelle des mâles pour la portion de la fille ; ils produisent une exclusion de cette dernière dans la succession des père et mère, sur ce que la loi présume qu'ils ont assez pourvu en les mariant ; or la déclaration

(1) Solution d'autant plus choquante que les deux rappels pourraient avoir lieu dans le même contrat.

du père qui confesse n'avoir pas rempli ce devoir de piété naturelle n'efface pas cette exclusion quant à la présomption. Et le Rappel ne se fait-il pas per plenam restitutionem natalium sans que les mâles puissent faire obstacle à cette pleine restitution ». Ajoutons que pour bien montrer combien les rappels étaient vus favorablement, qu'en pays de droit écrit, si la fille n'était pas de ce chef exhéredée par testament la renonciation était caduque.

Il serait aussi avantageux de préciser la qualité du droit accordé par le Rappel engendrant la qualité d'héritier. En laissant de côté les questions de privilèges d'ainesse, qu'il nous soit permis d'avancer que cet espoir successif n'accordait point toujours la part virile et qu'il fallait tenir compte du privilège de masculinité dans la coutume normande notamment (1).

V

D'après cette étude, nous voyons que le rappel, plus nous remontons au-delà du seizième siècle plus il s'éloigne des formules mérovingiennes et ne semble être qu'un remède timide pour enrayer les multiples renonciations

(1) *Coutume normande*, 258.

des filles dans la succession de leurs parents. La féodalité, plus tard les idées nobiliaires étaient intervenues : depuis bien longtemps le système de la personnalité des lois avait fait place à celui de la réalité. La décrétale de Boniface avait eu pour effet direct d'autoriser le pacte de renonciation et devait par voie de conséquence enrayer le contrat qui stipulait le contraire.

Heureusement que cette même décrétale eut un contre-coup indirect qui ne fut point fâcheux pour le pacte successoire pris en bloc ; avec l'adjonction du serment, ce pacte perdit son caractère d'immoralité et put partant se maintenir. Cela n'empêche que le Rappel, surtout si on l'analyse à la fin de l'ancien régime, où il accorde presque toujours la qualité d'héritier, n'est point dénué d'avantages ; mais il faut bien avouer qu'il n'accordait point toujours cette qualité qui, dans bien des cas, était sujette à controverse et partant bien aléatoire.

D'autre part, il était entendu qu'en dehors des réserves légales, le père pouvait disposer de son patrimoine dans une mesure d'autant plus grande que sa fortune était composée de meubles ou d'acquets. Aussi lorsque le futur gendre pouvait imposer le contrat, il devait arriver souvent que la garantie ne paraissait pas suffisante à ses yeux. Par conséquent à cette époque, où la prédilection pour les aînés ou pour les mâles était si grande ; il pouvait paraître prudent de demander plus, il y avait deux moyens : l'Institution contractuelle et la promesse d'Égalité. Les gendres se conten-

taient de cette dernière, les libéralités faites aux étrangers, sauf quelques legs pieux, étaient à peu près inconnues autrefois, et c'est ainsi que nous allons revenir tout naturellement à la clause qui nous intéresse.

CHAPITRE II

D'après ce que nous venons de voir, nous pouvons déjà préjuger que la promesse d'Égalité avait dans notre ancien droit un double rôle ; dans les coutumes d'exclusion, elle renfermera un Rappel tacite, et dans toutes elle sera un obstacle — autant que faire se pourra — aux libéralités au profit des autres enfants. Avant d'entrer plus avant dans les nombreuses controverses qu'a suscité cette clause tâchons d'en indiquer la nature générale.

« C'est, nous dit Bourjon (1), une espèce d'institution pour la portion virile au profit de celui auquel elle a été promise ; mais cette promesse n'empêche pas les dispositions à titre particulier, en exceptant celles faites en faveur des autres enfants, auxquelles elle fait absolument obstacle ». « Elle lie les mains aux père et mère, nous dit Boucheul (2), pour ne pouvoir avantager un des autres enfants ou plusieurs au préjudice de l'institué, de telle sorte que les dons et avantages qu'il ferait aux autres enfants, ne peuvent diminuer sa part ». Tous les auteurs sont unanimes pour admettre que l'effet de la promesse se borne seulement aux rapports entre enfants et il ne nous a pas été pos-

(1) Bourjon. *Le droit commun de la France et la coutume de Paris réduits en principes*, titre III, chap. 1.

(2) J. Boucheul. *Traité des conventions de succéder*, ch. v.

sible de trouver un auteur opinant en sens contraire.

Cependant s'il faut en croire Breuilh, dans une note sur un arrêt rendu par la Cour de Limoges en 1860, et que nous analyserons plus tard, notre jurisprudence ancienne admettait que la promesse d'Égalité avait un effet absolu non seulement à l'égard des libéralités consenties entre enfants mais encore à l'égard de celles consenties au profit d'étrangers. Son affirmation semble en tous points gratuite, il ne donne aucune référence pour exercer un contrôle et il nous a été impossible de trouver un ouvrage corroborant ses dires. Ce qui a pu l'induire en erreur ainsi que Merlin, c'est que le cas d'une clause d'Égalité en conflit avec une donation faite à des étrangers ne s'est pas présenté, croyons nous, dans notre ancienne jurisprudence ; sans doute que l'issue favorable d'un litige pour faire rescinder des donations au profit d'étrangers au moyen de cette clause aurait été par trop aléatoire. Et pourtant cette clause a soulevé bien des polémiques ; les uns ont voulu l'annuler, d'autres ont voulu l'étendre ; on a longuement disserté sur son interprétation ; sur le point de savoir à partir de quel moment l'égalité était assurée. On a encore annulé un grand nombre de conventions qui portaient atteinte à l'égalité déjà promise, mais de la question de savoir si la clause est même opposable vis-à-vis de libéralités faites à des étrangers aucune trace chez nos vieux coutumiers (1).

(1) Nous n'avons pas pu trouver d'anciennes promesses d'Égalité envisageant l'hypothèse de donations adressées à des étrangers.

I

Avant d'entreprendre l'étude des nombreuses controverses qu'a soulevé la promesse d'Égalité, il est bon de connaître les arguments en faveur ou contre la validité de cette stipulation. D'après les principes que nous avons dégagés au sujet du Rappel en étudiant cette lente mais sûre évolution tendant à accorder à la femme une part toujours plus avantageuse, il est facile de deviner la marche de la controverse : au seizième siècle on discutera la validité de la clause ; tout comme au dix-huitième on cherchera à l'étendre (1).

(1) Les pactes sur successions futures étaient fréquents au dix-huitième siècle ainsi que nous l'ont démontré les recherches faites dans quelques études limousines, notamment dans celle de M^e Merle, notaire à Saint-Junien (Haute-Vienne) qui nous a guidé dans nos recherches, qu'il reçoive ici l'expression de nos sincères remerciements. Nous pouvons dire que 40 0/0 des contrats trouvés dans ses archives contiennent des pactes sur succession future ; la moitié sont des promesses d'Égalité. Citons l'extrait de deux contrats de mariage :

« Aujourd'huy douzième janvier mil sept cent soixante cinq après midy en la ville de Saint-Junien, maison, étude et pardevant le notaire royal soussigné les témoins sus nommés, ont été présents. Laurent Granet, maréchal. Marie Labrousse son épouse et Anne Granet leur fille, les dites femmes et filles dûment autorisées du dit Granet leur mari et père à l'effet des présentes demeurant au lieu et paroisse de Brigueil situé en Poitou.... et Léonard Gorre, fils majeur de feu Laurent Gorre et Marie Pénègre, natif du village de chez Joffe de Saint-Laurent-sur-Gorre et demeurant à présent garçon cordonnier en cette dite ville.... Pour supporter les charges du ma-

Il faut remonter pourtant aux tous commencements du seizième siècle et aux auteurs du quinzième qui n'ont pas pu subir l'influence de Cujas pour voir la clause rejetée ;

riage, ont été faites les conventions suivantes qui sont que le sieur Gorre, futur époux se constitue tous ses biens en quoi qu'ils puissent consister ou qu'ils soient situés sans aucune réserve.

« De la part du sieur Laurent Granet et Marie Labrousse ils constituent à la dite Anne Granet, leur dite fille proparlée acceptante semblable dot que celui qu'ils ont fait à feu Marguerite Granet leur autre fille sans pouvoir lui faire aucun avantage *ni à ses autres enfants au préjudice de la dite proparlée*. Ensemble lui constituent un lit garni, etc. »

« Aujourd'hui quatorzième janvier 1765 après midi en la ville de Saint-Junien, maison, étude et par devant le notaire royal soussigné et témoins bas nommés ont été présents, Léonard Delavie, journalier, demeurant au village de Cicioreix, paroisse de Notre-Dame du Montier de la dite ville faisant tant pour lui que pour Jean Delavie son fils et de feu Jeanne Paigeroux son épouse pour lui et les siens d'une part. Marie Brunetaud, fille majeure de feu Michel Brunetaud et Marie Bouchard, demeurante au village de Cicioreix sus-dite paroisse de Notre-Dame du Moutier et Pierre Bouchaud son oncle, demeurant domestique au village de Fonbonne, paroisse de Chirat en Angoumois, de l'avis et consentement desquels Marie Brunetaud procède aussi pour eux et les leurs d'autre part, au traité du futur mariage proposé entre le dit Jean Delavie et la dite Marie Brunetaud, afin qu'il s'accomplisse en face de Notre Mère Sainte Église Catholique, Apostolique et Romaine, toutes les fois et, quand une partie en requerra l'autre aux peines de droit. Pour supporter les charges du dit mariage et en faveur d'icelui, le dit Léonard Delavie a institué ainsi que par ces présentes il institue le dit Jean Delavie *son dit fils futur époux pour son héritier général universel en tous et en chacun de ses biens, meubles immeubles, droits, noms, raisons et actions qui peuvent lui compéter et appartenir* afin d'en jouir, user, faire et disposer comme de sa chose propre après le

on la discutera encore au dix-septième et les plaidoyers d'Anne Robert nous montreront les arguments invoqués dans les deux sens, tandis que la majeure partie des auteurs qui suivent ne justifieront plus la clause admise par tous, et chercheront même à en élargir le profit.

Nous avons en effet conclu plus haut que l'apparition de l'école de Bologne avait fortement ébranlé la validité du pacte sur succession future, péniblement maintenu par la décrétale. Boérius qui en 1506 commente la coutume de Bourges déclare la clause illicite ; et c'est, dit-il, le sentiment de Balbus Salfetus et de Iason. Les arguments de ces docteurs sont ceux du rescrit : on ne peut pas admettre qu'un homme puisse disposer de son vivant d'une partie ou de la totalité de sa fortune et malgré la faveur — semble-t-il insinuer — des contrats de mariage, la liberté testamentaire ne doit pas être diminuée. Dans cet ordre d'idées,

décès dudit Léonard Delavie son père, qui s'en réserve l'usufruit pendant sa vie durant à la charge néanmoins par ledit futur époux de faire dire pour six livres de messes à l'intention du dit Léonard Delavie son père, outre les frais de son enterrement et de payer encore à Anne Delavie sa fille la somme de cent livres, au moyen de laquelle il veut et entend qu'elle n'ait rien *plus à prétendre tant en sa future succession qu'en celle échue* en la dite feuë Jeanne Paignoux sa mère, laquelle dite somme de 100 livres lui sera payable dans 5 ans après sa majorité en argent ou en biens fonds, au choix du dit futur époux, et si la dite dame Delavie ne voudrait se contenter de la dite somme de 100 livres pour tous droits paternels et maternels, il la réduit à sa simple légitime de droit et l'a instituée et l'institue pour son héritière particulière. »

nous pouvons citer un arrêt du parlement de Bordeaux, rapporté incidemment par Anne Robert, en date du 28 avril 1561 (1). Cet arrêt solennel décide que les conventions faites *entre roturiers*, par contrat de mariage ou autrement, par lesquelles le père ou la mère promet à son fils ou à sa fille de lui laisser aussi bonne part de ses biens et de n'avantager l'un plus que l'autre, sont nulles bien que confirmées par serment. Nous trouvons encore un auteur qui, dans son *Enchiridion*, Imbert (2) nous signale la controverse déjà ancienne et malgré ses répugnances — car selon lui cette clause diminue l'autorité paternelle — il avoue que c'est une convenance de mariage qui a pu entraîner l'union des deux époux et qui doit partant être respectée.

Passons aux plaidoyers d'Anne Robert (1) qui expose tout au long la controverse; nous épargnerons les trop nombreuses citations d'auteurs célèbres de Rome et d'Athènes, qui viennent tour à tour témoigner pour ou contre cette clause, c'était le défaut du temps qui a été remplacé par de bien pires encore. Voyons d'abord les arguments qui militaient en faveur de la nullité.

Le premier argument invoqué est que la condition d'un père va par ce moyen devenir inférieure à celle d'un célibataire. « Que si nous croyons qu'il soit licite et honnête de faire aux étrangers des donations testamentaires, pour-

(1) Voir plaidoyers de Anne Robert. *Les quatre livres des arrêts et choses jugées*, livre premier, ch. xv, p. 191.

(2) Imbert, *Enchiridion*, p. 124.

quoi serions-nous si envieux de ne vouloir permettre chose semblable aux père et mère puisqu'il est permis à tout le monde. Pourquoi vouloir réduire un père contre tout droit à une interdiction de biens pour lui ôter la liberté et le moyen de disposer de son bien et reconnaître par quelque gratification l'amour et bienveillance et les bons devoirs et services qu'il a reçus de ses enfants. Ce serait toutefois réduire à une misérable subjection la condition des pères ; si les étrangers étaient plus favorisés à recevoir les gratifications et libéralités d'autrui que les enfants de leur père. »

Il argumente ensuite des lois romaines puis « le public intérêt que les enfants s'efforcent de mériter l'affection, amour et libéralité de leur père par bons offices par obéissance et assistance de services que les enfants doivent à leurs parents. » Puis après de longues citations des différents auteurs tant sacrés que profanes, il nous déclare que même si les autres gendres avaient formellement accepté cette clause, il leur serait loisible d'opposer la crainte révérentielle (1). « Il est allégué, contre nous, ajoute-t il, que cette paction a été promise par contrat de mariage. Le premier point est de savoir si cette paction peut valoir et subsister en droit ; le deuxième si le défunt père a pu révoquer par une contraire volonté la première promesse et convention qu'il avait faite. Pour le premier, c'est une

(1) Nous savons qu'en droit actuel la simple crainte révérentielle n'est pas une cause de nullité d'un contrat. Voir art. 1114

règle générale de droit que toutes ces pactions sont nulles, par lesquelles nous sommes obligés de faire certaine personne notre héritier, soit de tout notre bien, soit de certaine part et portion d'icelui. Et davantage ; il est certain que toutes conventions, lesquelles se font touchant la succession de celui qui est encore vivant, sont nulles. Ces pactions sont contre les bonnes mœurs ; elles apportent et causent un désir d'attenter à la vie d'autrui et sont fondées sur l'attente d'une triste issue et événement.

Deuxième point. — Posons le cas que la convention faite par le père touchant le partage et division égale de son bien qu'il fait entre ses enfants soit valable ; la loi toutefois n'approuve point et ne reçoit de telles pactions ; sinon que celui-là de la succession duquel il est question persiste en cette même volonté jusqu'à l'article de la mort. Telle volonté est donc réputée ambulatoire et n'est point d'obligation perpétuelle et nécessaire, mais elle se peut, tant que la vie dure et en quelque temps que ce soit, révoquer et changer sans aucun empêchement. Car il ne faut pas réputer cette disposition être une donation ou paction, mais un partage et division de succession comme par ordonnance de dernière volonté qui se peut changer et révoquer comme bon semble. La dernière volonté est donc préférable, car comme le dit le Jurisconsulte, personne ne se peut faire et donner une telle loi qu'il ne puisse se départir de sa première résolution.

Et d'après le droit des Nouvelles, le partage ou division

égal ou inégal de ses biens ne peut valoir que si le père a persisté dans sa volonté. Le défunt a donc par la première convention fait le partage de son bien. Il n'a pu toutefois s'astreindre à cette disposition et à une telle loi qu'il n'eût moyen de résilier et de changer de volonté. Mais il a pu changer la disposition par une contraire et postérieure volonté et principalement en faveur d'un fils, lequel a gagné les faveurs et bonnes grâces de son père, non point par blandices et flatteries, mais par ses mérites et bons offices. »

II

Voici donc les principaux arguments qui ont été avancés pour annuler cette clause ; voyons ceux qui déterminèrent les juges à valider le pacte par arrêt du parlement de Paris.

Laissons la parole à Anne Robert. Cet auteur commence par faire remarquer qu'à Athènes, la capacité testamentaire était des plus restreintes, et Solon n'aurait autorisé le testament qu'en faveur des personnes sans enfant ; puis continuant ses aperçus historiques, il revient à notre clause, « Il est certain, dit-il, que les contrats de mariage et leurs clauses ont grande autorité et sont fort recommandés au royaume de France, par la loi générale duquel on tient partout résolu que les conventions faites par contrat de

mariage sont de telle force et valeur que pour quelques changements que ce soit, elles ne peuvent être révoquées. C'est ce que Jean Faber et autres docteurs ont remarqué ; tellement que toute paction et promesse faite par contrat de mariage doit être gardée, soit qu'elle dispose de la division et partage de la succession qui est à échoir ; soit qu'elle concerne l'état présent des biens.

C'est pour cette raison, que l'on a admis même en pays de droit écrit les Institutions contractuelles — désignations d'héritier ou de la moitié de la succession, ou de la totalité de la fortune, réserve faite de la légitime réservée aux enfants — et ces institutions sont irrévocables. Tous ces pactes ne peuvent être validés que si nous déclarons que tous fédécommis ou prélegs faits à leur encontre sont nuls : la clause d'Égalité est de même. Il n'y a aucune considération en faveur des gendres. Car ayant pris leurs femmes avec une dot modique, se fiant sur la promesse qui leur aurait été faite du partage égal, ce serait une injustice maintenant que le mariage est contracté s'ils étaient trompés et déchus d'une légitime succession. Quant à (1) ce que l'on objecte le consentement des gendres et des filles qui est intervenu dans la donation faite par le père, c'est si peu de cas que cela ne doit être considéré « *Voluntas coacta non est voluntas* ». Et qui est celui-là qui n'appellerait une juste crainte le respect et l'obéis-

(1) Nous savons que les autres gendres avaient concouru au contrat incriminé.

sance qui est due à un père et les menaces d'exhérédation. Celui-là n'est pas présumé avoir une volonté qui obéit au commandement d'un père ou d'un maître. Ce n'est plus une prière, lorsque la faculté de refuser est ôtée, dit Quintilien. Le père aurait pu faire subrepticement ce qu'il voulait faire à ciel ouvert.

Bref la donation faite au fils contient une cause injuste d'inégalité. Les filles, au contraire, opposent à la volonté du père la faveur fort considérable de l'égalité laquelle a coutume d'être soigneusement gardée envers les enfants. L'égalité est si favorable que s'il advenait que le testateur eût usé de paroles obscures ou ambiguës, il faut étendre ou restreindre selon que l'égalité le requiert. Les enfants tant mâles que femelles descendus d'un même père, sont comme des lignes tirées d'un même centre et par une égale circonférence doivent être tenus pareilles. Il faut donc reconnaître la constitution de Léon très équitable : comme les père et mère ont donné également la vie à tous leurs enfants ainsi qu'ils pourvoient également à l'entretien de leur vie, et non point d'un poids inégal en leur donnant moins aux uns qu'aux autres selon qu'il leur viendra en volonté. »

Comme nous l'avons dit, l'arrêt rendu le 4 juin 1625 (1) en la chambre de l'Édit, cassa le prélegs décidant que la déclaration faite par les parents en contrat de mariage,

(2) *Journal des Audiences*, t. I, l. I, .34.

convention par laquelle ils appelaient également tous leurs enfants dans leur future succession, était valable. « Nos majeurs ont mis le plus haut point de leur politique à l'entretien des dispositions faites par les contrats de mariage pour l'établissement et la conservation des biens de famille... De sorte que les parents des parties ayant choisi pour disposer de tous leurs biens la déclaration faite en contrat de mariage, n'ont plus le pouvoir de changer et faire un testament contraire en faveur de leur fils aîné. Ils s'étaient donc obligés par leur déclaration d'égaliser tous leurs enfants, d'autant plus que l'aîné était d'autant moins recevable à s'en prévaloir, qu'il avait été présent au contrat de mariage et avait signé la déclaration d'égalité (1) ».

Anne Robert nous parle ensuite de l'arrêt de Bordeaux que nous avons déjà cité, il prend nettement partie au profit de la jurisprudence parisienne en ces termes. « L'arrêt de Paris semble être beaucoup plus équitable et plein de justice. Attendu que par le droit de la France, les contrats de mariage sont capables de recevoir non seulement toutes Institutions contractuelles, mais aussi toutes dispositions de biens avenir et ce serait inutile qu'en un mariage

(1) Il fallait s'entendre sur la portée de la signature dans un contrat de mariage : deux catégories bien distinctes de personnes signent ces contrats ; les parties ou stipulants qui s'engagent au point de vue juridique, et les parents et amis dont la signature n'est apposée souvent que dans un but de parade et qui ne doit avoir aucune valeur.

contracté sous promesse de bonne foi, il y fût après impunément contrevenu.

Et quant à l'arrêt de Bordeaux, il est certain que par le Droit romain les renonciations à succession sont nulles, mais notre droit de France ayant porté grand respect aux pactions solennelles d'un contrat de mariage, les renonciations des filles sont bonnes et valables soit entre nobles soit entre roturiers, et tous pactes portant règlement à la succession future des contractants sont irrévocables ; aussi pour ces questions, les parties obtiennent-elles évocation au Parlement de Paris. »

III

Maintenant que nous avons vu les auteurs qui admettaient la nullité de la clause ou tout au moins qui discutaient au sujet de sa valeur, recherchons ceux qui sans trop de discussion en admettent la validité.

Pour Claude Henrys (1) « cette clause est favorable, c'est le lien et le ciment d'amitié entre les frères, c'est par ce moyen que les enfants sont reconduits au droit naturel et par conséquent, on ne peut se dédire de cet engagement ».

C'est également l'opinion de Jean Fillau (2), qui nous

(1) Liv. IV, question 153.

(2) Fillau, *Recueil des arrêts et réglemens*, q. 184, titre VII, Donations.

apprend que cette clause est assez répandue en Berry. Pour la Thaumassière, « non seulement cette clause doit être réputée licite et honnête, mais elle est encore favorable, par conséquent, elle réduit les choses au droit naturel qui appelle également tous les enfants à la succession de leur père et établit l'égalité si recommandée par toutes sortes de lois qui est le lien de l'amitié et de concorde entre les frères. Et parmi nous, les clauses des contrats de mariage et la déclaration de volonté des père et mère qui y sont contenues, principalement celle-ci, par laquelle ils s'obligent de garder l'égalité entre leurs enfants, sont plus favorables que n'étaient chez les Romains les testaments et la liberté de tester de laquelle ils étaient jaloux ».

Bardet (1) veut que ces conventions soient plus utiles et plus favorables que les testaments ; c'est « une ancre pour arrêter... ce sable toujours mouvant de notre volonté ; cette aiguille toujours branlante de notre esprit ; cette vicissitude perpétuelle de laquelle les Romains faisaient tant d'éclat et à laquelle ils s'attachaient si opiniâtrement pour avoir la liberté de tester qu'ils passaient par dessus toutes autres considérations, toutes pactions et conventions que nous observons comme plus utiles au bon public. »

Auzanet, dans ses mémoires et réflexions, développe les mêmes arguments avec moins d'emphase et moins d'images incohérentes.

(1) *Recueil des Arrêts* de Bardet, livre I, chap. 43.

Boucheul aussi bien dans son traité des conventions de succéder (1) que dans son annotation de la coutume du Poitou admet la validité de cette clause, qui selon lui a été admise grâce à la Novelle et aux efforts de Cujas.

Espiard de Sceaux enfin, l'annotateur de Lebrun (2), qui connaît d'autant mieux la clause qu'elle fut l'objet d'un procès dans sa famille, nous en fait le plus grand éloge. Les autres auteurs qui pourront être cités, ne prennent plus la peine de la justifier tant l'arrêt de 1625, dont la jurisprudence se trouve confirmée en 1690, avait éteint la controverse.

(1) Boucheul, *Traité des conventions de succéder*, ch. v.

(2) Espiard de Sceaux, *Successions*, livre III, ch. II.

CHAPITRE III

Nous avons déjà vu que la promesse d'Égalité devait être faite par contrat de mariage ; il était de coutume de la faire dans ces contrats dont nous avons expliqué à notre sens une des causes de faveur (1). A celle-ci ajoutons la disparition presque complète des testaments pendant la période carolingienne et la période féodale. Il n'était donc point douteux que cette clause était admise dans ces contrats. Aussi Lamoignon (2) dans ses arrêtés qui, nous le savons, étaient un projet de codification, décidait-il que « les Institutions contractuelles à titre universel ou de quotité, les déclarations d'ainé et principal héritier et les promesses de conserver aux héritiers présomptifs ou à aucun d'eux leur portion héréditaire ou l'égalité entre les héritiers seraient valables en ligne directe et collatérale, pourvu qu'elles soient faites en contrat de mariage, et si elles étaient faites par d'autres actes et contrat, même de société elles n'auraient aucun effet ». Il suffit de lire la fin de l'arrêté, pour voir que la controverse existait. Et c'est ce qui explique l'opinion d'Espiard de Sceaux en note sous

(1) Voir page 18 et Auffroy, thèse, Paris, 1895.

(2) Lamoignon, *Des Institutions contractuelles*, ch. 39, art. 1^{er}, l'art. 4 finissait néanmoins par ces mots « mais la promesse de conserver l'Égalité profite à tous les héritiers ».

Lebrun (1). « Ces promesses ont été jugées si favorables qu'elles ont été autorisées par les arrêts dans le cas même où elles n'étaient portées que dans une simple transaction. De nombreux arrêts ont admis anciennement (2) que, lorsqu'en une forme quelconque, les parents ont promis de vouloir conserver l'égalité, ils ne peuvent y déroger par testament, tandis qu'en matière d'Institution contractuelle il faut une stipulation par contrat de mariage. Mais si cette jurisprudence pouvait recevoir de la difficulté dans les pays de droit écrit, lorsque la promesse n'est faite que par un simple acte, elle n'en doit souffrir aucune lorsqu'elle est insérée dans un contrat de mariage ».

Malheureusement Espiard ne nous cite point les arrêts sur lesquels il fonde sa jurisprudence; et si nous lisons au contraire Taisand (3), l'annotateur de la coutume de Bourgogne, non seulement ce dernier penche vers l'opinion contraire, mais encore avec preuves à l'appui. « Quoique, dit-il, l'égalité entre enfants soit favorable; néanmoins si elle n'est pas promise par les père et mère dans le contrat de mariage d'un enfant, elle est rejetée

(1) Espiard de Sceaux, *Successions*, liv. III, ch. 2 et livre IV, ch. 1, p. 139.

(2) Nous n'avons malheureusement pas pu trouver les traces de ces arrêts qui auraient pu être d'une grande utilité pourtant au dire de Merlin, un arrêt du parlement de Flandre du 14 juin 1706 aurait jugé de cette façon.

(3) Taisand, *Commentaire de la coutume de Bourgogne*, tit. VII, art. 5.

en quelque autre acte que ce soit, ainsi qu'il a été jugé par le parlement de Dijon le 11 février 1676, où une promesse d'égalité avait été stipulée dans un contrat d'association. »

C'est encore l'idée de Voët (1). « *extra pacta dotalia reprobatae manent apud nos* », de Dumoulin, du président Favre. Nous avons encore trouvé un arrêt du parlement de Toulouse de 1576 qui décide : « qu'une donation faite en faveur du mariage et des enfants et descendants d'icelui se trouvant passée quelques temps après les nocces ne devait pas jouir des privilèges que la coutume de France accorde aux contrats de mariage : « *quia non dederunt causam matrimonio quamvis favorem matrimonii prætexerat* ».

II

La question que nous venons d'examiner n'avait guère divisé notre ancienne jurisprudence, une plus importante va surgir, on peut la voir double. Peut-on par un contrat de mariage stipuler l'Égalité non seulement au profit de l'enfant qui se marie, mais encore au profit de ses frères et sœurs ; et pour les partisans de l'affirmative, quelle doit être la conduite à tenir en cas de doute sur les intentions des parents ?

(1) Jean Voët au titre de *Pactis*.

Les auteurs sont très divisés ; la majorité admet bien que la clause peut être générale, mais beaucoup sous-distinguent. Pour les uns la clause a le même effet vis-à-vis de tous les enfants, tandis que pour d'autres au contraire, vis-à-vis des enfants qui ne se marient pas, elle n'aura pas le caractère de l'irrévocabilité.

Voyons les auteurs les plus favorables ; Espiard de Sceaux (1) nous dit qu'on doit regarder ces promesses comme des règlements de famille et avec d'autant plus de faveur, qu'elles sont faites par le père et la mère en présence de tous les parents ou de la plus grande partie. On ne voit donc rien qui puisse empêcher que ces sortes de clauses — lorsqu'elles sont générales — ne soient valables à l'égard de tous les enfants, et il n'y a aucune raison tant soit peu plausible qui puisse porter à en restreindre la validité au seul enfant marié dans le contrat duquel elles sont insérées.

« En effet la renonciation que fait une fille par son contrat de mariage, au profit des enfants mâles, n'a-t-elle pas son effet quoiqu'elle ne soit pas portée dans le contrat de mariage des autres enfants ? Les arrêts n'ont-ils pas jugé, que la promesse faite par une femme, d'instituer également les enfants du premier et du second lit, était obligatoire envers tous ? Il y a infiniment plus de raisons, de déclarer obligatoire envers tous les enfants la promesse faite en général dans le contrat de mariage de l'un d'eux,

(1) Espiard en note sous Lebrun, l. IV, ch. 1, p. 139.

de n'en pas avantager l'un plus que l'autre. Pourquoi cela ? C'est qu'une pareille promesse contient une condition tacite et sous-entendue *qu'il y aura réciprocité à cet égard entre l'enfant marié et ses frères et sœurs, savoir* : que celui-ci sera en droit de demander après la mort de ses père et mère le rapport de ce qu'ils auront donné à ses frères ou sœurs de plus qu'à lui ; et d'autre part, l'enfant marié s'oblige réciproquement à leur rapporter ce que le père ou la mère lui auront donné de plus qu'à l'un d'eux ». Dans un autre passage il accentue encore l'irrévocabilité générale de la clause (1) : « N'est-ce pas assez pour la faire regarder comme une loi de famille inviolable ? Et cela avec d'autant plus de raisons qu'une pareille clause ne peut jamais, comme on l'a déjà remarqué, donner lieu à renverser la disposition de la coutume, puisqu'elle ne sert au contraire qu'à lui procurer une plus parfaite exécution, parce qu'elle laisse la liberté entière aux père et mère de disposer de leurs biens comme il leur plaît ENTRE ÉTRANGERS soit entre vifs, soit à cause de mort de la manière dont le droit permet de le faire, pourvu seulement qu'ils ne donnent pas plus à un de leurs enfants qu'à l'autre. » Nous remarquons d'après l'auteur — qui pourtant est bien favorable à la clause — qu'il faut qu'il y ait au moins dans les faits du procès des éléments qui permettent de généraliser la stipulation ; et c'est dans ce cas seul que la clause générale produira tous ses effets.

(1) Lebrun, livre III, ch. 2.

Espiard nous cite des arrêts qui étendent aux enfants du premier lit une stipulation faite au profit de ceux du second ; la vérité est qu'il y avait une assez grande contradiction en la matière ; on voyait dans cette stipulation ainsi étendue une précaution en faveur des enfants du premier lit. La future épouse, craignant les influences du second mari au profit de leurs enfants communs, cherchait à assurer la part des enfants du premier d'une façon définitive ; et ne faut-il pas ajouter que cette hypothèse était bien favorable. Ainsi décider était suivre d'une façon remarquable l'esprit du législateur de 1560.

Cette (1) manière de voir a été suivie par un arrêt du Parlement de Toulouse rendu en 1660. Une femme dans le contrat de son second mariage avait promis d'instituer égaux les enfants (2) du premier et du second lit. Le Parlement décida que l'institution des enfants du premier lit était bonne et valable, quoique l'acte, dans lequel elle était contenue, fût à l'égard de ceux-ci un acte étranger, qui par là semblait ne pas être obligatoire en leur faveur : cette clause n'y paraissait apposée que dans l'intérêt des enfants du second lit, auxquels on avait voulu assurer leur part dans la succession de leur mère. La disposante fut déclarée avoir cédé à un mouvement d'affection bien légitime au profit de tous ses enfants. Il est à remarquer que dans

(1) Extrait des *Arrêts remarquables du Parlement de Toulouse*, livre IV, chap. vi.

(2) Cette stipulation ne serait plus licite, voir 1082 et 1130.

cette hypothèse la promesse d'Égalité était faite par la personne qui se mariait à l'encontre de ses droits et non comme cela se passait d'ordinaire, à son profit.

Maintenant que nous avons vu que beaucoup d'auteurs admettaient comme valable une clause générale d'égalité expressément stipulée, nous ferons remarquer qu'il a été longuement plaidé pour savoir comment le juge devait se décider en cas de doute, et — chose curieuse — on a assimilé à ces cas ceux où les parents n'avaient nullement envisagé la question de savoir si la clause serait générale ou si elle n'agirait qu'au profit de l'enfant institué. Deux arrêts importants ont été rendus en la matière, l'un en 1690 : la famille d'Espiard de Sceaux, l'annotateur de Lebrun était en cause, et l'autre vers le milieu du dix-huitième siècle, au sujet de la succession d'un fermier général du nom de Bardon. Ils semblent à premier abord malheureusement un peu contradictoires; le premier étend la clause sans difficulté et le second nous montre bien encore l'évolution des idées que nous avons signalé ailleurs; puisqu'on tentait d'étendre au profit de tous les enfants une promesse *nettement personnelle à l'un d'eux*. Une fille en effet avait été gratifiée d'une promesse d'Égalité. Son frère avait reçu un préciput, ses autres sœurs vinrent alors soutenir que la clause personnelle devait en quelque sorte réfléchir à leur profit et par conséquent, par ce moyen indirect, ces dernières devaient faire annuler à leur égard les donations consenties au profit de leur frère. Le Parlement,

après douze séances et un très long délibéré — nous apprennent les arrêtistes — (1), parvint à écarter leurs prétentions, et nous croyons qu'il n'eût point tort; étendre les clauses favorables est une bonne chose, mais il ne faut point aller contre le gré des parties surtout lorsqu'il s'agit d'une atteinte aussi grave au droit de disposer.

Citons incidemment, comme ayant jugé de la même façon un autre arrêt en la matière rapporté par Fillau (2) Cet auteur nous apprend qu'un père avait dans un contrat de mariage déclaré que sa fille, future épouse, viendrait également avec ses frères et sœurs à la succession de ce dernier. Le père meurt après avoir fait des libéralités à d'autres enfants, même du consentement de l'instituée, l'affaire fut portée au baillage d'Issoudun, le 14 avril 1579, et ce tribunal ordonna le partage égal : même sentence aurait été deux fois ainsi rendue devant la prévôté de Chateauroux.

Quant à l'arrêt de 1690 il décida que la promesse d'Égalité lie les mains au père et à la mère non seulement à l'égard de l'enfant au profit duquel elle a été insérée, mais encore au profit des autres enfants.

Il ne serait peut-être pas impossible de concilier cette manière de voir avec l'arrêt Bardon, si nous disions avec les bons auteurs Boucheul entre autres (3), que nous sommes

(1) Merlin, *Institution contractuelle*, *Répertoire de jurisprudence*, t. VIII, p. 344.

(2) Fillau en note sous Chenut, question 184.

(3) Rappelons en deux mots le fait. Bardon, fermier général a quatre enfants, deux de son premier lit, un garçon et une fille et

en face d'une question de fait : et il est à remarquer que par exemple, le juge d'Issoudun a pu voir dans les mots : « conjointement avec ses frères et sœurs » insérés dans la clause, la possibilité d'admettre que les parents avaient voulu stipuler une égalité générale. D'autre part en pays de coutume, il ne faut pas oublier qu'un testament pouvait être révoqué de n'importe quelle façon et il suffit de supposer que la rédaction du contrat de mariage est postérieure au testament. C'est ainsi que pour cette raison un sieur Camus eut son testament cassé, et le partage de sa succession se fit par parts égales (1).

Revenons à l'arrêt Bardon, dans cet arrêt il n'y a aucun doute à avoir, la promesse est nettement spéciale et par conséquent nos deux moyens d'invalidation de testament tombent d'une façon nécessaire. Qu'il nous soit pourtant permis d'insister ne serait-ce que pour faire ressortir davantage l'évolution de la jurisprudence puisque Merlin nous apprend les difficultés qu'eut le Parlement pour se prononcer sur ce point délicat.

Voici les principaux arguments qui furent employés pour étendre la clause : les promesses de cette sorte, dit-on, ne gratifient point celui qui en est l'objet ; elles contiennent

deux filles d'un second, il marie sa fille du premier lit, lui accorde une promesse d'égalité, il meurt faisant un prélegs de 400.000 livres au profit de ses fils du premier lit ; les enfants du second lit se fondant sur la promesse d'égalité demandent la nullité du legs.

(1) Merlin, *Institution contractuelle*, tome VIII, *Répertoire de jurisprudence*, p 347.

seulement l'engagement de ne lui point ôter ce que la loi lui assurait d'ailleurs. Ces institutions peuvent se faire en faveur de tous les enfants lorsque le père ne donne pas à l'un plus qu'à l'autre et s'engage même à ne pas favoriser l'un plus que l'autre. Puis après avoir cité Boucheul et Espiard de Sceaux : « l'égalité ne peut être établie au profit de la demanderesse sans l'être en même temps au profit de tous les enfants ; cette promesse n'était pas une donation héréditaire ; la fille instituée doit se porter héritière ; or, à ce titre, elle ne peut avoir sur ses frères et sœurs aucun avantage ; elle est forcée au rapport de tout ce qu'elle amande de plus qu'elle dans la succession ; et alors si elle n'est pas remplie de sa part héréditaire, elle demandera contre l'enfant du premier lit l'exécution de la clause qu'on ne pourra lui refuser ; par ce rapport et ce circuit d'action, le prélegs se trouvera détruit au profit des enfants non institués (1). »

L'argumentation paraît pourtant des plus faibles : elle repose en effet au fond sur une pétition de principe ; Espiard et Boucheul ainsi que les arrêts antérieurs admettent bien la promesse générale, mais fallait-il admettre qu'au moins le donateur avait eu l'intention de stipuler cette clause ! C'est tout le contraire, nous l'avons vu, qui avait eu lieu dans l'affaire Bardon, et le doute n'était même pas permis. Tant qu'à dire qu'une stipulation faite au profit d'une

(1) Merlin, *Ibid.*

personne doit réfléchir au profit d'une autre en lui accordant une situation identique : c'est partir dans le champ de la fantaisie. Au fond le père qu'avait-il promis ? l'égalité au profit de sa fille et si l'on va au fond des choses, contre qui avait été faite cette stipulation ? certainement contre les sœurs et vouloir étendre une clause au profit de personnes contre lesquelles on la stipule est chose dérisoire.

A côté de cette doctrine et de cette jurisprudence un certain nombre d'auteurs admettaient bien l'extension de la clause mais voulaient la rendre révocable ad nutum à l'égard des enfants non institués : « Nous avons tenu autre fois, dit Vigié (1) dans son commentaire de la Coutume d'Angoulême, qu'un père en mariant un de ses enfants et promettant de ne faire aucun avantage à son préjudice, la promesse était réelle et introduisait l'égalité en faveur de tous. Mais on a depuis considéré que la promesse faite à un seul de ne faire avantage à son préjudice, n'a autre fin que son utilité personnelle, laquelle étant conservée, cela ne peut point empêcher la libre disposition des autres biens suivant l'intention de la coutume, car les termes des conventions ne peuvent être étendus au-delà de leur sens propre et naturel »

Pour Lebrun (2), pour Henrys (3), pour Taisand (4), cette

(1) Vigié, *Commentaire de la coutume d'Angoulême*, titre VII, art. 186

(2) Lebrun, livre IV chap. 1.

(3) Claude Henrys, livre IV, quest. 153.

(4) Taisand, *Sur la coutume de Bourgogne*, titre VII, art. 5.

promesse a le même caractère. Il est à remarquer que de déclarer la clause révocable ad nutum ou ne pas l'étendre au profit des autres enfants c'est arriver au même endroit par deux chemins différents; il sera loisible aux père et mère d'avantager leurs autres enfants soit parce qu'ils n'y étaient pas tenus, soit parce qu'ils s'étaient engagés à maintenir l'égalité tout en se donnant le droit de la violer quand bon leur semblera (1). Et Lebrun conclut très justement en disant que rien n'empêche d'avantager l'enfant institué car la précaution qu'il a prise se retournerait contre lui et qu'il serait absurde de soutenir qu'en gratifiant l'enfant qui se marie, on viole l'égalité « au préjudice de celui pour lequel seulement elle est irrévocable ».

La faveur de cette promesse avait fait admettre par certains auteurs un pacte d'égalité tacite, dans le préciput promis à un enfant. Du fait que l'on promet à un individu quelque chose de plus que sa part; il n'est pas illogique de croire que l'on a commencé par la lui promettre tout entière. Cette opinion fut soutenue autrefois, mais si l'on va au fond des choses, il est à remarquer que le préciput n'est qu'une donation qui ne sera pas précomptée sur la légitime et vouloir assurer en une certaine mesure la part de quotité disponible tout entière, c'est dépasser l'effet de la convention des parties.

(1) Il n'en serait pas de même après la mort des parents.

CHAPITRE IV

Nous avons vu que la promesse d'Égalité assurait à l'enfant qui se marie, sa quote-part virile dans la quotité disponible à l'égard de ses frères et sœurs. Une double question se pose à ce sujet : la promesse d'Égalité assurait-elle à l'enfant qui se marie le partage de tous les biens ou seulement de ceux déclarés libres par la Coutume ? N'y avait-il pas, d'autre part, des gratifications qui n'entraînaient pas d'une façon formelle la rupture de l'Égalité ?

I

Nous ne nous appesantirons pas longtemps sur la première question, qui n'a plus qu'un intérêt purement historique. Les lois révolutionnaires ont aboli les privilèges d'ainesse et de masculinité et nous savons que la Restauration s'est dépensée en vains efforts pour en faire renaître quelques vestiges.

L'étude de cette question nous entraînerait à dépouiller de nombreuses coutumes pour développer ce sujet d'une façon complète. Il est permis de dire qu'en général, lorsque la coutume obligeait, d'une façon impérative, à la dévolution de tels biens à l'aîné ou, comme en Normandie,

au profit de tels mâles, le partage égal devenait impossible dans cette mesure (1). La clause d'Égalité ne frappait donc que les biens libres de la succession. Aussi de ce temps, nos vieux auteurs nous disent que le père avait un moyen pratique pour éluder la clause. Supposons un bourgeois de Paris ne possédant que des rentes et des biens *roturiers* (2); il marie sa fille et stipule à son profit un pacte d'égalité : cette promesse frappe à ce moment toute la quote-part afférent à la fille vis-à-vis de ses frères et sœurs. Mais ce père échange ses biens roturiers pour des biens nobles, la part de l'ainé pourra devenir considérable et la clause pratiquement annulée. Ce subterfuge aurait-il eu toute la vertu que lui accordent ses auteurs; nous pouvons en douter : « *fraus omnia corrumpit* » ; de même qu'une interposition de personne ne pouvait éluder la clause, de même, à notre avis, une interposition de biens.

(1) La discussion était grande dans les coutumes du Nord où le préciput d'ainesse ne s'imposait pas d'une façon rigide. Trois arrêts du Parlement de Paris du 27 novembre 1727, du 30 juillet 1735 et du 3 août 1745 avaient décidé que la promesse d'Égalité n'était pas suffisante pour entraîner le partage : la jurisprudence était donc ferme en ce sens.

(2) Nous savons qu'à Paris le partage de la succession se faisait en égard à la qualité des biens et non à celle des personnes, il n'en était pas de même dans beaucoup de coutume. Au reste, cette solution avait été fortement discutée lors de la rédaction de 1580.

II

Sans aller chercher des moyens détournés pour briser le contrat qu'il avait consenti, le père de famille n'avait-il donc aucun moyen pour gratifier ses enfants; la promesse d'Égalité devait-elle être interprétée d'une façon rigoureuse? Lorsque nous lisons l'art. 1082, nous nous apercevons que l'instituant se réserve toujours le droit de faire « des dons modiques ». En matière d'Institution contractuelle, nous avons trouvé des cas assez nombreux où des legs ont été maintenus ou simplement réduits, en vertu de cette coutume qui existait déjà. La même théorie se fait jour en matière de promesse d'Égalité. Ainsi, par exemple, le père de famille pouvait donner un héritage à l'un de ses enfants à charge de récompense, cette libéralité valait partage — ce qui était licite — et non pas donation.

La Thaumassière (1) nous apprend qu'un arrêt dans ce sens fut rendu au profit d'un habitant d'Issoudun. Espiard de Sceaux (2) et Boucheul, qui ont traité la question, admettent les dons modiques, pourvu qu'ils aient le caractère d'aliments ou de dettes morales des parents vis-à-vis de leurs enfants, comme les frais d'éducation et d'apprentissage. Il est à remarquer que la théorie moderne,

(1) La Thaumassière, *Des donations*, titre VII.

(2) Espiard en note sous Lebrun. l. IV, ch. 1.

qui tend à ne pas faire rentrer dans le calcul de la quotité disponible les sommes prises sur le revenu par le père de famille pour les besoins de ses enfants, est déjà admise dans notre ancien droit. « Il est toujours permis, dit Espiard, aux père et mère de fournir à leurs enfants tout ce qui est nécessaire pour leur entretien et leur éducation, selon leur condition, en sorte que ces prestations ayant le caractère d'aliments, les père et mère peuvent toujours les donner pendant leur vie ». « Ne seront pas compris dans le rapport, dit Boucheul (1), les frais d'étude, vêtements ordinaires, festins de noces, même les frais d'apprentissage, maîtrise, doctorat ».

Nous avons admis que l'égalité n'était promise qu'au moment de la mort du disposant et comme le font remarquer nos anciens auteurs, pour obtenir une égalité plus grande, il fallait une clause d'Égalisation que nous étudierons sommairement à la fin de ce travail. De l'application rigoureuse de ce principe, nous avons déduit le subterfuge qui aurait peut-être pu être employé pour annihiler la promesse d'Égalité (2). Nous allons voir maintenant comment ce principe va nous conduire à valider honnêtement des libéralités faites au profit d'enfants non institués : le père de famille va faire des donations à cet enfant et le donataire va profiter des revenus qui séparent le moment de la disposition de celui du décès.

(1) Boucheul, *Des Conventions de succéder*, ch. v.

(2) Voir page 80.

Cependant il y avait à ce sujet une controverse. Fillau (1) admettait que l'enfant, au profit duquel on avait fait la promesse, avait le droit de se faire répéter les fruits même des choses données aux autres frères et sœurs. Boucheul (2) penche vers cette manière de voir. Il cite un arrêt rendu en 1683 au profit de Mathurine Maurat, femme de Jacques Teytaud, marchand en la ville du Dorat.

Précisant sa pensée dans son commentaire de la coutume du Poitou, cet auteur admet que l'effet de la promesse d'Égalité accompagnée d'une clause d'*Égalisation* donne le droit de réclamer dès le moment où l'égalité a été violée, la différence entre ce que l'enfant a déjà reçu de l'instituant et l'avantage qui vient d'être conféré à l'autre enfant, tandis que si la clause d'Égalité est *seule stipulée*, les intérêts de l'avantage conféré pendant la période intérimaire ne seront dus qu'au décès : et ainsi l'enfant non institué ne profiterait que de l'intérêt de l'intérêt, puisque, bien entendu, il ne devrait que le remboursement de l'intérêt simple.

Espiard, en rapportant l'arrêt de 1690, nous donne l'opinion suivante qui est aussi celle de la Thaumassière (3) : l'enfant avantagé n'est pas obligé de rapporter les fruits des choses qui lui ont été données et qu'il a perçu du vivant de son auteur ; il ne les doit que depuis la mort du dispo-

(1) Jean Fillau, question 184.

(2) Boucheul, *Ibid* ch. VII.

(3) La Thaumassière; *Des donations*, titre VII.

sant. L'idée qui inspire cet arrêt nous semble beaucoup plus juridique que l'autre et il faut avouer que, même avec l'amendement de Boucheul l'idée contraire semble dépasser la volonté des parties.

La Thaumassière nous apprend qu'à plusieurs reprises il fut consulté sur ce point délicat et chaque fois il donna la même réponse (1). Espiard (2) veut même aller plus loin en rétorquant l'argument de ceux qui ne voient dans la promesse qu'un mobile d'ingratitude ; il nous dit qu'il ne serait pas impossible de permettre aux parents — dans les cas très favorables où cette ingratitude serait manifeste — de substituer les petits enfants dans les droits de leur auteur. A première vue cette solution semble bien contestable ; pourtant lorsque dans un contrat de mariage les parents ont promis l'égalité, ne l'ont-ils pas fait non seulement au profit de l'enfant qui se marie, mais surtout au profit de la future famille, et dans l'ancien droit où l'on était moins arrêté par des scrupules de texte, il est certain que la solution d'Espiard était la plus équi-

(1) Il serait difficile de concilier l'autre manière de voir avec la théorie de l'accroissement — car nous savons que la clause d'Égalité n'assure que la part virile de l'enfant dans la quotité disponible, car les libéralités autres ne sont pas faites à son préjudice ; — on calcule, en effet, le nombre des enfants à la mort du disposant, c'est ce qui explique que la clause d'Égalité deviendra sans objet si seul l'enfant institué survit.

(2) Espiard de Sceaux en note sous Lebrun, livre IV, ch. 1.

table, car l'intention des parents n'était point de procurer un avantage quelconque à des prodigues (1).

Il nous reste encore à chercher comment se faisait la réduction des donations qui violaient l'Égalité. Lebrun (2) nous cite un arrêt qui s'est occupé de la chose : la fille devait commencer par prendre ce qui était libre dans la succession ab intestat pour se remplir de ses droits et ce n'était que subsidiairement qu'elle pouvait attaquer son frère donataire. C'était le seul système qui pût se concilier avec l'ordonnance de 1735, laquelle a été suivie par le code civil (3). Avant de faire casser des donations, l'enfant ne doit-il pas prendre les clairs deniers qui se trouvent dans la succession dès que la réserve des autres frères et sœurs se trouve remboursée ?

III

Nous avons essayé de dégager la promesse d'Égalité de l'Institution contractuelle d'une part et de l'autre du Rappel qui, avec cette stipulation, a concouru à rendre la condition des filles meilleures. Nous ferons remarquer

(1) On pourrait se servir d'un argument d'analogie ; en effet, lorsque la clause était stipulée on admettait toujours une substitution vulgaire au profit des enfants de l'institué en vertu de l'idée que nous avons développée.

(2) Lebrun, livre IV, chap. 1.

(3) Voir article 922.

qu'à notre sens le Rappel doit être plutôt envisagé comme sorti de la promesse d'Égalité que cette dernière de celui-là. Pendant le Moyen Age en effet, ces sortes de conventions consistant à égaliser les sexes ont été reconnues de véritable droit haineux, aussi cherche-t-on à les restreindre le plus possible : C'est pourquoi on donne au pacte employé le plus couramment le moins de prérogatives. Cette manière de voir a dû faire place à une autre ; ce travail nous a permis d'assister à cette lente mais constante évolution vers des idées égalitaires, qui ne demandaient qu'à s'épanouir avec la Révolution.

L'intérêt qu'avait la fille à obtenir une promesse d'Égalité dans son contrat de mariage, était d'autant plus grand que, dans beaucoup de coutumes, nous le savons, le père pouvait réduire à une part minime la portion de son enfant.

On a pourtant exagéré quand on a cru que la fille devait se contenter de quelques sols comme dans la coutume de Toulouse, comme certains ont cru le voir encore (1) dans la coutume de Limoges ; ou encore que l'on pouvait la marier en lui donnant comme on le disait, « son chapel de roses ». La vérité est que là encore — et nous l'avons vu en étudiant la coutume de la Marche — la jurisprudence et les mœurs ont devancé la loi. C'est le droit romain qui cette fois va être mis à contribution. On va se souvenir du

(1) V. Guibert, dans une *Notice sur le droit successoral en Limousin*.

rescrit de Dioclétien rescindant la vente pour lésion d'oultre-moitié. On généralise cette décision et, grâce à ce subterfuge, on invente la *légitime de grâce* qui est égale à la moitié de l'autre : la fille pouvait renoncer, mais elle n'avait pas le droit de se léser (1):

Puis nous savons que le Rappel devient de plus en plus favorable, donnant des droits de plus en plus précis, et il en est de même du pacte d'Égalité qui en est en somme que le complément. Aussi qu'il nous soit permis de faire remarquer que si dans nos conceptions modernes la promesse d'Égalité est un diminutif de l'Institution contractuelle dans notre ancien droit, elle eut un tout autre rôle qui en explique la faveur ; elle part en effet d'une idée de préservation contre les injustices des parents ou la rudesse des coutumes, tandis que l'Institution contractuelle ne servait guère à cette époque qu'à consolider des privilèges. Aussi en passant à l'histoire de la révolution allons-nous assister à un phénomène qui pourrait paraître bizarre : c'est la même loi de nivôse an II, qui en abolissant l'Institution contractuelle érigea en loi la promesse d'Égalité.

(1) Voir André Béraud. *Traité de la légitime de grâce*

CHAPITRE V

Tocqueville, dans sa démocratie aux États-Unis (1), nous dit que les lois successorales (2) devraient être placées en tête de toutes les institutions politiques, car elles influent sur l'état social des peuples dont les lois politiques ne sont que l'expression.

« Elles ont de plus une manière sûre et uniforme d'opérer sur la société : elles saisissent en quelque sorte les générations avant leur naissance. Par elles l'homme est armé d'un pouvoir presque divin sur l'avenir de ses semblables ; le législateur règle la succession des citoyens... le mouvement donné à son œuvre il peut en retirer la main, la machine agit par ses propres forces et se dirige d'elle-même vers un but indiqué d'avance. Constituée d'une certaine manière elle réunit, elle concentre, elle groupe autour de quelques têtes la propriété et bientôt après le pouvoir ; elle fait jaillir en quelque sorte l'aristocratie du sol. Conduite par d'autres principes et lancée dans une autre voie, son action est plus rapide encore ; elle partage, elle dissémine les biens et la puissance. »

(1) P. 77.

(2) Ou pour préciser les lois réglant le sort des biens après la mort du propriétaire.

Ces vérités n'avaient pas échappé au législateur de la Révolution, et il suffirait de lire les discours prononcés à la tribune de la Constituante pour s'en convaincre. La première atteinte à l'ancienne loi successorale fut le contre-coup de l'abolition du régime féodal ; avec lui disparaissent les règles relatives aux biens nobles et le préciput d'ainesse. La Constituante voulut faire davantage ; déjà la loi de nivôse était en germe, et pour s'en convaincre il suffit de se reporter au « *Moniteur* » des premiers jours d'avril 1791 (1). Quatre orateurs prirent une part très active à ce débat, Robespierre, Tronchet, (2) Cazalès et Mirabeau.

Le point délicat consistait à savoir si on laisserait au père de famille un disponible quelconque et, ceci obtenu, si on lui permettrait de donner ce disponible à l'un de ses enfants.

Mirabeau admettait — et encore avec bien des difficultés — le pouvoir de tester au profit des parents ; mais comme le fera la loi de nivôse, il ne veut leur octroyer qu'un dixième de quotité disponible, et encore cette fraction du patrimoine ne pourra pas être donnée aux autres enfants. Il va sans dire qu'il demande l'abrogation de

(1) Voir surtout le *Moniteur* du 5 avril qui reproduit textuellement le discours de Mirabeau : le grand orateur était mort la veille et avant son décès il avait prié Talleyrand, ex-évêque d'Autun, d'aller lire ce discours devant l'Assemblée.

(2) Rappelons que Tronchet était alors président de la Constituante.

l'Institution contractuelle, « ce ne sont pas seulement nos lois, ce sont nos esprits et nos habitudes qui sont entachés des principes et des vices de la féodalité. »

Pour Robespierre « l'inégalité des fortunes est la source de l'inégalité politique, de la destruction de la liberté » et il conclut en disant que son « avis est qu'on ne puisse favoriser un héritier au préjudice de l'autre, soit en ligne directe, soit en ligne collatérale. » Cazalès, député du Midi, demandait l'application des principes romains pour toute la France.

Quant à Tronchet, cet orateur voyait dans la quotité disponible une sanction *pratique* et partant efficace de la puissance paternelle : il proposait donc de porter la quotité disponible au quart, en laissant aux parents le droit d'en disposer comme bon leur semblerait. Rien ne sortit de cette lutte oratoire, la Constituante qui était sur le point de se séparer ajourna purement et simplement le débat qui ne fut repris que sous la Convention et qui devait aboutir au décret du 17 nivôse an II.

Ce décret, dans son article premier, décide que « les Institutions contractuelles et les dispositions à cause de mort dont l'auteur est vivant, ou n'est décédé que le 14 juillet 1789 ou depuis, sont nulles quand même elles auraient été faites antérieurement. » Il est vrai que quelques temps plus tard le décret de nivôse, devenu inapplicable quant à son effet rétroactif, fut abrogé sur ce point. C'était donc condamner l'Institution contractuelle, et il est certain

que depuis cette époque jusqu'à la promulgation du Code, ce contrat devint impossible.

En donnant quelques détails sur les opinions de Mirabeau nous avons fait remarquer qu'il était partisan d'un disponible très réduit et encore ce disponible ne pouvait être donné aux enfants par partage inégal. C'est en somme ériger en mesure législative l'ancien pacte que l'on rencontrait dans quelques contrats de mariage. Le législateur de la Convention fit siennes ces idées, il nous suffit de lire l'article 9 du décret pour nous en convaincre. « Les successions des père et mère ou autres ascendants et des parents collatéraux ouvertes depuis et y compris le 14 juillet 1789 et qui s'ouvriront à l'avenir seront partagées également entre les enfants descendants ou héritiers en ligne collatérale nonobstant toutes lois, coutumes, donations, testaments et partages déjà faits. En conséquence les enfants descendants et héritiers en ligne collatérale ne pourront même en renonçant à ces successions, se dispenser de rapporter ce qu'ils auront eu à titre gratuit par l'effet des donations que leur auront faites leurs ascendants ou leurs parents collatéraux, le 14 juillet 1789 ou depuis. » Le décret continue en accordant un disponible d'un dixième dans les successions en ligne directe et d'un sixième dans les collatérales. En combinant cet article avec le précédent, les donations n'étaient possibles qu'au profit de tiers.

Nous admettrons donc que sous cette législation non

seulement le pacte d'Égalité était possible mais encore qu'il était inutile puisqu'il était inscrit dans la loi elle-même.

C'est ce qui a été décidé par un arrêt de la Cour de Bordeaux confirmant un jugement du tribunal de Cognac. « Attendu que par contrat de mariage du 9 nivôse an IV Jean Daviaud, après avoir constitué en dot à son fils Jean, et expliqué que cette convention est faite au futur époux sur les droits échus du chef de sa mère, déclare consentir qu'après son décès ledit futur époux s'empare de la succession et la partage avec sa sœur dans l'état où elle se trouvera alors et par moitié entre eux. Attendu que cette clause interprétée de la seule manière qui puisse la rendre efficace renferme au profit de Daviaud fils une promesse d'Égalité dans la succession de Daviaud père. Attendu, il est vrai, que cette promesse a été faite sous la loi de nivôse an II qui prohibait les Institutions contractuelles. Mais attendu que cette proscription édictée contre les libéralités qui dépouillaient la famille au profit d'un étranger ou quelqu'un des enfants au profit de leurs frères ne pouvait et ne devait s'étendre à la promesse d'Égalité qui, malgré sa forme d'Institution contractuelle *n'était en définitive qu'une sanction donnée par la volonté du père de famille à la loi.* »

Nous admettons que la Cour de Bordeaux avait fort bien jugé ; n'est-il pas permis de copier tel ou tel article du Code dans un contrat, et ce faisant il devient en même temps la loi des parties et ces dernières sont mieux à l'abri

d'un changement de législation. Car il est bien certain qu'au moment de l'ouverture de la succession qui, dans notre hypothèse, fut de beaucoup postérieure à la promulgation du Code, l'enfant au détriment duquel l'Égalité avait été rompue, n'aurait pu se prévaloir de la loi de nivôse existant à l'époque de la confection du contrat pour faire admettre une promesse d'Égalité tacite :

D'autre part aucun texte précis ne défendait d'employer les *formes* de l'Institution contractuelle pourvu que l'on en fit pas une. Avec la loi de germinal an VIII, qui est une des plus importantes de l'époque, nous aurions lieu de croire que la promesse d'Égalité devenait impossible ; en effet l'art. 5 décide « qu'à compter de la publication de la présente loi toutes libéralités qui seront faites, soit par actes entre-vifs soit par actes de dernière volonté, dans les *formes* légales, seront valables lorsqu'elles n'excéderont pas le quart des biens du disposant s'il laisse à son décès moins de quatre enfants ; le cinquième s'il en laisse 4 ; le sixième s'il en laisse 5, et ainsi de suite en comptant toujours pour déterminer la portion disponible le nombre des enfants plus un » et l'art. 6 autorise les libéralités au profit d'un successible avec dispense de rapport. Il n'a pas été possible de trouver au sujet de la promesse d'Égalité une jurisprudence en la matière ; mais il n'aurait pas été difficile de trouver des arguments pour la faire déclarer illégale. En effet l'Égalité n'est plus inscrite dans la loi ; cette clause n'est plus une reproduction d'un article légal à

l'époque, et d'autre part la loi de germinal défend d'une façon formelle la libéralité qui n'aura pas été faite en la forme légale, de plus la loi de nivôse n'était abrogée que dans ce qu'elle avait de contraire à la nouvelle loi; or pour faire une promesse d'Égalité il fallait employer les formes de l'Institution contractuelle. Dans une espèce voisine la Cour de Cassation (1) suivit le même raisonnement pour annuler une disposition à titre universel faite sous l'empire de la loi de germinal. A notre sens donc, pendant la période qui a séparé l'an VIII de la confection du Code, la clause devenait impossible; peu importe que la succession où l'Égalité avait été promise se fut ouverte après 1804; il suffisait que le contrat de mariage fût fait pendant cette période pour la déclarer nulle. L'application de ce principe fut faite par un arrêt de la Cour de Limoges à propos d'Institution contractuelle conclue en l'an V alors que la succession s'était ouverte le 30 thermidor an XI et que le titre des donations et testaments était promulgué depuis trois mois (2).

Il va sans dire que nous appliquerions la règle « *media tempora non nocent* » pour les promesses antérieures à l'an VIII si la succession dont s'agit s'était ouverte après le 23 floréal an XI.

(1) Sirey, 1809, 1. 300.

(2) Sirey, 1822, 2. 276.

TROISIÈME PARTIE

DROIT MODERNE

En étudiant la période révolutionnaire, nous avons conclu que depuis la loi de germinal, la promesse d'Égalité était devenue impossible. Il est certain qu'au moment de la confection du Code cette clause passa complètement inaperçue.

Il suffit de lire les travaux préparatoires pour s'en convaincre. Les discours de Favard, de Jaubert, de Bigot du Préameneu très concis au sujet de l'article 1.082 dont ils ne prononcent même pas le nom d'Institution contractuelle, sont absolument muets sur la promesse d'Égalité. Ils se contentent de développer l'idée, que l'on doit favoriser les mariages et faire fléchir, à leur profit, les règles impérieuses du droit « le père qui marie ses enfants, dit Bigot du Préameneu, s'occupe de leur postérité ; la donation actuelle doit donc presque toujours être subordonnée à des dispositions sur la succession future. Non seulement les

contrats de mariage participent de la nature des actes entre vifs et des testaments, mais encore on doit les considérer comme des traités entre les deux familles, traités par lesquels on doit jouir de la plus grande liberté. » (1)

Toujours est-il que si le projet ne parle en aucune façon de ce contrat, il ne lui est en quoi que ce soit défavorable.

On pourrait, il est vrai, argumenter de l'article 1.130 qui défend d'une façon générale le pacte sur succession future ; il est certain que si nous ne pouvions pas placer notre clause sous la protection d'aucun article du Code, le pacte serait nul à n'en pas douter. Tout ce que nous voulons concéder à cette constatation c'est que nous sommes en matière exceptionnelle et que, par conséquent, nous serons plus souvent obligé que nous le désirerions d'user de la méthode d'interprétation stricte. Mais nous savons que la loi a dérogé d'une façon formelle à la prohibition du pacte sur succession future, et, soit que nous admettions la promesse d'Égalité comme une véritable Institution contractuelle, soit que tout au contraire, la promesse d'Égalité conserve, dans notre droit actuel, la portée que lui avait donné notre ancienne jurisprudence, il n'est pas malaisé de démontrer que ni dans un cas ni dans l'autre on ne viole l'article 1.082. Ne prenant pas encore nettement parti dans cette controverse, commençons par l'étudier sous l'un et l'autre aspect ; ceci nous donnera l'occasion de

(1) Voir dans Fenet, t. XII, p. 569, 619 et 645.

parler un peu de ce que nous appelons l'Institution contractuelle pour portion virile, ce qui jettera un peu de clarté sur ce dernier contrat, et facilitera l'étude de cette épineuse controverse.

CHAPITRE PREMIER

I

Nous connaissons déjà suffisamment l'économie de la promesse d'Égalité si nous la considérons comme dans notre ancien droit ; mais il faut remarquer tout de suite qu'elle a perdu beaucoup de sa valeur : c'est le dernier débris d'une institution morte, puisque le code civil a rendu inutile toute forme de Rappel. Celui qui gratifie son enfant de cette clause, lui promet donc simplement sa part intégrale, dans la quotité disponible, au cas où il jugerait bon de procéder au partage de cette dernière entre tous ses enfants.

Comme le dit Demolombe (1) « elle paralyse le père mais d'une façon relative... elle n'a d'effet qu'à l'encontre des autres enfants, afin d'empêcher qu'ils n'obtiennent par préciput la quotité disponible. »

MM. Aubry et Rau (2) sont du même avis : « elle a pour unique objet de garantir l'institué contre les dispositions ultérieures que l'instituant pourrait faire au profit de ses autres enfants ou descendants ; et non contre celles qu'il

(1) Dem. *Donations*, t. VI, 302.

(2) Tome IV, n° 739.

ferait en faveur d'étrangers» ; c'est encore le sentiment de Bonnet (1), d'Isambert (2), de Huc (3), de Baudry et Colin (4), etc.

Pour d'autres, au contraire, nous serions en face d'une question d'interprétation de volontés. Il est évident que le juge ne doit pas s'arrêter à l'intitulé de la clause pour savoir si oui ou non on a voulu faire une promesse d'Égalité plus ou moins large. Nous lisons, par exemple, dans un contrat de mariage. « Promesse d'Égalité. — En faveur du futur mariage la mère de la future épouse renonce à faire toute libéralité, au profit de qui que ce soit au préjudice de sa fille, ou en cas de prédécès de cette dernière des enfants à naître du mariage projeté, en conséquence, elle leur garantit l'intégralité de sa portion héréditaire dans sa future succession ». Il a été jugé, à bon droit, que cette clause, à n'en pas douter, renfermait une Institution contractuelle ; par suite de nombreuses libéralités faites au profit d'un étranger malgré cette clause furent annulées. La pratique notariale a sans doute les scrupules des gens du Consulat, elle qualifie une Institution contractuelle « promesse d'Égalité » sans doute que le mot l'effraie ; elle a tort, car si on relit toute la jurisprudence sur cette question une erreur de rédaction que l'on pourrait

(1) Bonnet, tome I, p. 343.

(2) Isambert, 1903.

(3) Huc, tome VI, 461.

(4) Baudry et Colin, *Donations*, 3943.

croire anodine pourrait entraîner des conséquences les plus fâcheuses.

D'autres enfin ont voulu voir dans notre promesse d'Égalité une protection encore plus grande de l'enfant. Ils y ont vu ce que nous appellerons une Institution contractuelle pour portion virile.

II

Les auteurs qui se sont occupés de ces sortes de contrats et qui ont voulu voir dans la promesse d'Égalité plus qu'une protection accordée à l'enfant vis-à-vis de ses frères et sœurs, n'ont pas remarqué en faisant la théorie de l'Institution contractuelle que la pratique — croyons-nous — avait inventé une modalité de ce contrat intéressante à étudier (1).

Si nous ouvrons des ouvrages anciens nous verrions que l'Institution contractuelle était faite pour se donner un héritier par contrat de mariage : en général, c'était un vieil oncle qui instituait son neveu ; plus tard l'idée vint d'instituer son propre enfant dans la quotité disponible. La promesse d'Égalité à cette époque était bien connue et, comme nous l'avons vu, elle n'assurait l'enfant institué que d'une façon relative, puisqu'elle laissait la porte ouverte

(1) Nous nous arrêtons assez longtemps sur ce pacte si voisin de la promesse d'Égalité. Il y a beaucoup d'affinité entre ces deux clauses, une étude de ce pacte est d'autant plus nécessaire qu'il y a eu des confusions regrettables du fait qu'il n'a pas été souvent étudié.

aux libéralités au profit d'étrangers. Il fallait donc trouver au profit de l'enfant institué une clause qui lui assurât une protection plus forte tout en ne lui accordant aucun avantage direct sur ses frères et sœurs.

Car il faut bien remarquer que ces divers contrats partent non point d'une idée de *préciput* mais d'une idée de *préservation* : ce n'est point un enfant qui cherche un avantage mais qui veut simplement s'assurer d'une façon définitive la part à laquelle il prétend avoir droit. Si on avait fait une Institution contractuelle ordinaire dans le contrat de mariage, la clause n'aurait presque jamais été selon le gré des parties. En effet, on aurait institué l'enfant pour une partie de la quotité disponible et pour ne pas léser ses frères et sœurs, il aurait fallu lui accorder la quote-part correspondant au nombre d'enfants au moment du contrat de mariage. Mais supposons qu'au décès, il y eût plus d'enfants qu'à la première époque : l'enfant institué pour un quart par exemple, lors de la confection du contrat de mariage, aurait droit au quart de la quotité disponible ; tandis que normalement cette quotité aurait dû être partagée par six, s'il y avait six enfants au décès. Et ainsi malgré l'intention évidente des parents, l'enfant institué aurait lésé ses frères et sœurs.

Supposons l'hypothèse inverse. Il ne reste plus que deux enfants au décès ; l'enfant est institué seulement pour un quart dans la quotité disponible : l'enfant verra son espoir d'avoir sa part entière déçu, car l'instituant pourra

donner un quart pris sur la part de l'institué, à qui bon lui semblera.

Comment donc surmonter cette difficulté? En combinant à notre avis, d'une façon ingénieuse les règles de la promesse d'Égalité avec celle de l'Institution contractuelle; le père de famille, en mariant son enfant, assurera à ce dernier, non pas une quote-part de la quotité disponible — ce qui comme nous venons de le voir ne réussirait qu'à léser l'enfant ou ses frères — mais une quotité indéterminée, qui sera sa portion virile à son décès. C'est ainsi que si dans la famille que nous avons pris comme exemple il y a six enfants au décès, l'enfant ne sera institué que pour un sixième, tandis que si tous ses frères et sœurs venaient à mourir, il aurait droit à l'universalité de la succession. En un mot, à son accroissement dans la réserve, grâce à son contrat de mariage, s'ajouterait un accroissement égal dans la quotité disponible. Ce contrat tient donc à la fois, et de l'ancienne promesse d'Égalité et de l'Institution contractuelle : de l'ancienne promesse il prend les règles d'accroissement qui assurent un émolument variable dans la quotité disponible, mais au lieu d'assurer cet émolument vis-à-vis des seuls frères et sœurs, il le consolide *erga omnes* : c'est la part de l'Institution contractuelle. Nous verrons plus tard si notre moderne promesse d'Égalité doit être assimilée à ce dernier pacte; contentons-nous d'aborder la question de savoir si notre pacte est licite.

III

Il est évident qu'il nous suffit de prouver que le pacte d'Égalité, envisagé de la façon la plus étendue, c'est-à-dire assimilé à une Institution contractuelle est valable pour qu'on l'admette d'une façon restreinte, puisqu'il est toujours permis de faire moins que ce que la loi autorise. Il suffit de jeter un coup d'œil sur l'art. 1082, pour voir que le disposant n'a rien fait de reprehensible, il peut donner toute sa quotité disponible, sauf la réserve des dons modiques ; il n'a donné qu'une quote-part, soit vis-à-vis de tous, soit seulement à l'égard de ses enfants ; il n'a fait qu'une chose légale. Certains auteurs ont cependant cru cette clause illicite ; qu'il nous soit permis de les refuter : en général ils avaient de la clause qui nous intéresse des notions trop superficielles, et en les réfutant nous aurons l'occasion de discuter un certain nombre d'erreurs faites au sujet de cette promesse.

La jurisprudence a toujours à notre connaissance admis la clause d'Égalité, sauf à l'interpréter d'une façon diverse.

Il n'en est pas de même de la doctrine. Barillau, dans sa thèse, reproduisant un passage de Laurent, nous dit que des auteurs ont hésité à reconnaître la validité de la promesse d'Égalité. « Il y a, dit Laurent (1), des motifs très sérieux de douter. On avoue que la promesse d'Égalité est

(1) Laurent, tome XV, p. 287.

un pacte successoire, cela est évident puisque la clause porte sur l'Égalité qui devra régner entre les enfants dans la succession future de leur père et mère ; ceux-ci, en faisant cette promesse, s'interdisent la faculté que la nature et la loi leur accordent de disposer de la quotité disponible de manière à rompre l'égalité entre leurs enfants. Or la loi prohibe toute convention sur une succession non ouverte ; elle ne l'admet que par exception dans le contrat de mariage, sous la forme d'une Institution contractuelle. Par cela même que c'est une exception, elle est d'interprétation rigoureuse ; dès que l'on n'est plus dans les termes de l'exception, on reste dans la règle qui défend sévèrement tout pacte successoire. »

« La question se réduit donc à savoir si la promesse d'Égalité est identique avec l'Institution contractuelle telle que la loi l'autorise. Les deux clauses ne sont pas identiques. Celui qui institue un de ses enfants son héritier, ne s'engage pas par là à maintenir l'Égalité entre l'institué et ses autres enfants ; il ne lui assure qu'une chose, la qualité d'héritier pour la part qui lui est fixée au contrat ; il ne s'interdit pas la faculté de disposer de son disponible en avantageant l'un des enfants par une donation précipitaire ; s'il a deux enfants il peut donner à l'un d'eux le tiers des biens qu'il laissera à son décès ; à l'autre les deux tiers en lui donnant un tiers par préciput. La promesse d'Égalité va plus loin ; les père et mère promettent à tous leurs enfants une part égale. Ne doit-on pas conclure que

cette promesse dépasse l'Institution contractuelle telle que la loi l'autorise et que par conséquent c'est un pacte successoire prohibé ? La promesse d'Égalité n'a pas pour objet direct d'instituer un héritier par contrat, c'est une renonciation au droit qui appartient aux pères de famille de disposer de leur disponible. Cette renonciation n'étant pas consacrée par la loi, n'en faut-il pas conclure qu'elle est prohibée à titre de pacte successoire » ?

L'erreur de la théorie que Laurent expose et vers laquelle il a tendance à pencher ainsi que ceux qui ont reproduit ce texte, c'est de se figurer que ce pacte entraîne une promesse générale d'égalité, et que souvent même les parents la stipulent en termes exprès. « Parfois même, dit Laurent, les parents font intervenir les enfants qui ne se marient pas et promettent à tous une part égale dans leur succession ».

Il est certain qu'une promesse générale d'Égalité ainsi faite serait absolument nulle, quoiqu'elle fut bien favorable. L'article 1082 autorise bien les parents à faire de ces sortes de pactes, mais simplement au profit de l'enfant qui se marie. C'est pour la même raison, quoique la chose n'apparaisse pas au premier abord, qu'il ne faudrait pas croire que le père qui a promis l'égalité à l'un de ses enfants, ne puisse la rompre à son profit. De cette façon ses frères et sœurs pourraient en effet l'obliger à se contenter de sa portion virile, dans la quotité disponible.

D'abord l'intention des parties irait contre cette inter-

prétation. Du fait que l'enfant a voulu se prémunir des mauvaises chances, il n'a pas d'une façon absolument certaine renoncé à tout espoir de préciput. Les frères et sœurs d'autre part ne pourraient fonder leur réclamation en invoquant la clause du contrat. D'abord au sujet de celui-ci ils sont des tiers ; d'autre part pour faire admettre que la clause doit réfléchir à leur profit, il faudrait violer l'art. 1082 puisqu'il faudrait admettre à leur profit dans le contrat de mariage d'une autre personne un droit quelconque dérivant d'Institution contractuelle indirecte. C'est sur cette théorie que s'est fondé un arrêt de la Cour d'Orléans (1) pour écarter les prétentions d'un enfant non institué.

Nous avons encore à faire remarquer, puisque l'on s'est servi de cet argument pour tenter de rendre le pacte inefficace, que la promesse d'Égalité n'implique nullement une renonciation absolue au droit de disposer. On a cru trouver une raison dans l'hypothèse suivante : un père promet l'Égalité à tous ses enfants successivement dans chacun de leur contrat de mariage. Par ces dispositions successives il a absorbé sa capacité testamentaire alors que la loi lui permet toujours de faire des dons modiques : il a donc fait une clause nulle, dira-t-on. L'argument n'est point irréfutable, la même situation peut très bien se présenter en matière d'Institution contractuelle.

(1) Dalloz, 1898, 1. 481.

Supposons un oncle qui a trois neveux ; il intervient dans chacun de leur contrat de mariage et stipule à leur profit une Institution contractuelle du tiers de sa fortune. Au moment du troisième contrat il est absolument dans la même situation que le père, qui, par hypothèse, a stipulé l'égalité au profit de ses deux premiers enfants : et il y aura tout simplement à discuter une question délicate sur laquelle nous reviendrons, celle de savoir comment devront être supportés les dons modiques qui auront pu être fait ? Mais il serait impossible de soutenir que les trois institutions comme les trois promesses sont devenues inefficaces.

Championnière et Rigaud (1) semblent nous enfermer dans un dilemme. Ou la clause signifie, comme la Cour de cassation l'aurait jugé en 1818, qu'il y a Institution contractuelle absolue ou elle n'a aucun sens et par conséquent, il y a lieu de critiquer l'instruction générale du 24 juin 1836 qui a ordonné le paiement d'un droit de 5 francs lorsque cette clause est stipulée. Potel (2) admet la validité de la clause, mais seulement si elle a une portée absolue ; au contraire, si la promesse n'est que relative, le père n'aurait pas fait un acte sérieux. « Singulière donation que celle qui gratifie une personne de ce que la loi lui défend de lui ôter ». Ces critiques, nous le voyons, ne sont guère fondées et dénotent plutôt chez ceux qui les ont faites une connaissance peu approfondie du pacte ; car il est bien cer-

(1) Droits d'enregistrement, 2951.

(2) Thèse.

tain que le père qui se défend seulement de faire des libéralités au profit de ses autres enfants rend beaucoup plus probable pour l'enfant institué la possibilité d'obtenir sa part intégrale de réserve.

IV

Nous serions incomplet si nous ne précisions le moment à partir duquel l'égalité est promise et si cette égalité s'entend d'après le nombre des enfants au décès ou s'il faut l'entendre d'après le nombre des enfants existant au moment du mariage.

Il est absolument certain que lorsqu'un père promet l'égalité à un de ses enfants au moment de son contrat, cette égalité ne peut avoir aucun effet rétroactif. Supposons un père ayant trois enfants, il fait par hypothèse une donation au profit de Primus, puis il marie Secundus en le gratifiant d'une promesse d'Égalité : il est certain que la promesse faite au profit de Secundus n'aura aucun effet vis-à-vis de la donation antérieure ; décider le contraire serait violer la règle de l'irrévocabilité des donations. Et alors il pourra très bien arriver que Secundus — si la donation faite au profit de Primus est devenue considérable à l'époque du décès — et si une autre donation après la promesse a été consentie soit au profit de Primus soit à celui de Tertius — sera mieux protégé par les règles qui

rescindent les donations portant atteinte à la réserve que par sa promesse elle-même.

Situation plus bizarre encore. Supposons, toutes choses égales d'ailleurs, que le père ait fait une Institution contractuelle pour la part virile de son enfant dans son contrat de mariage. Comme la donation préciputaire ne pourra frapper que le tiers de la masse à calculer à partir du contrat, il pourra très bien arriver que l'institution contractuelle soit moins avantageuse que le quart de réserve accordé par l'art. 913 dans cette espèce : car cette fois il faudra ajouter la donation faite par préciput à la masse sur laquelle on avait calculé le tiers donné par l'institution. La fortune globale ayant considérablement grossie, il se pourra fort bien que le second chiffre obtenu soit plus avantageux que le premier, et ainsi qu'il soit préférable de renoncer à la situation d'institué pour s'en tenir à celle de réservataire.

Prenons un exemple qui fera mieux saisir la chose. Un père a une fortune de 100.000 francs, il fait une donation par préciput à Primus de 40.000 francs ; il marie Secundus en faisant à son profit une Institution contractuelle pour sa part virile, cette Institution ne peut porter que sur la part de fortune afférente à l'institué et possédée par le père au moment du mariage, soit 20.000 francs. Si au contraire l'enfant réclame sa part d'après les règles du droit commun, il a droit à 25.000 francs, soit une différence à son profit de 5.000 francs. Il va sans dire que l'on ne

pourra pas opposer à l'enfant que, du fait qu'il a accepté une situation d'institué, il a renoncé à celle de réservataire. D'abord l'Institution contractuelle acceptée dans un contrat de mariage n'est qu'un espoir successif; il faut une nouvelle acceptation après le décès de l'instituant; d'autre part un pacte de ce genre qui porterait acceptation d'une façon absolue d'une hérédité tomberait nécessairement sous le coup de l'art. 1130.

Que dirions-nous d'un père qui, dans l'intervalle séparant le contrat de la célébration, aurait avantagé un autre enfant? Il y a bien en matière de communauté un texte, l'art. 1404, qui vise une fraude semblable, mais peut-on étendre à notre hypothèse cette disposition; pour ceux qui voient dans cet article une application de la maxime générale « *fraus omnia corrumpit* » la nullité de la donation serait indiscutable. Pour les autres la question serait beaucoup plus délicate, mais il ne serait pas impossible d'arriver au même résultat, — ce qui ne serait guère difficile à démontrer — si la fraude était prouvée. Nous en concluons que l'égalité n'est promise qu'à partir du mariage.

En étudiant l'Institution contractuelle pour portion virile, nous avons vu que la part de quotité disponible n'était promise dans ce contrat qu'en égard au nombre d'enfants existant au décès. Il en est de même, nous le savons, en matière de réserve, il en sera de même en matière de promesse d'Égalité. Qu'a donc promis le père? partager la

quotité disponible sans léser les droits de l'enfant vis-à-vis de ses frères et sœurs et comme cette quotité ne peut être connue qu'au moment du décès, c'est à ce moment que l'on doit se placer. C'est souvent même l'intérêt des autres enfants qui pousse à admettre cette théorie : supposons qu'au moment du contrat il n'y eût que 4 enfants ; il y en a 7 au moment du décès, l'enfant institué ne pourra demander à ses autres frères mieux favorisés, que le septième, et non le quart (1). Les auteurs, soucieux de la volonté des parties, qui fait loi toutes les fois qu'un texte positif ne s'y oppose, admettent presque tous l'idée d'accroissement ou de décroissement selon le cas. Cependant on a beaucoup discuté le point de savoir ce qu'allait devenir la promesse d'Égalité lorsqu'il ne restait plus qu'un enfant au décès et la situation logique

(1) En matière d'Institution contractuelle pour portion virile une controverse existe dans une semblable hypothèse ; on admet facilement l'accroissement, lorsqu'au moment du contrat de mariage il y avait quatre enfants par hypothèse et que deux subsistent au décès ; mais beaucoup ne veulent plus admettre que l'institution devient générale lorsqu'il ne reste plus que le seul enfant institué au décès. On argumente, il est vrai, des mots *part*, *portion*, employés dans les contrats de mariage et qui semblent impliquer l'idée de partage ; il est certain qu'il serait plus prudent de ne pas employer ces termes qui peuvent susciter les légitimes susceptibilités de la jurisprudence. Cependant ces mots n'éveillent pas une incompatibilité absolue avec l'idée de totalité. D'autre part en faisant le contrat on a eu en vue l'hypothèse la plus probable et le notaire a souvent intérêt à voiler la clause pour ménager la susceptibilité bien légitime d'un frère ou d'une sœur présent au contrat dont on aurait l'air de supputer la mort.

qui en découle a été l'une des causes qui ont permis d'assimiler la promesse d'Égalité à l'Institution contractuelle. En effet, dit-on, si on ne décidait pas que la promesse d'égalité est une Institution contractuelle d'une façon absolue, la clause n'aurait plus aucun sens et les stipulants auraient fait un acte absurde.

Il est certain que dans ce cas le pacte n'a plus sa raison d'être. Quand l'institué s'est marié on a envisagé la possibilité d'un partage que les circonstances ont rendu impossible, mais au moment du contrat était-il possible de prévoir la mort des autres enfants avant celle de l'instituant ? Tout ce qu'il reste à conclure c'est que l'on a sagement envisagé une éventualité qui ne s'est pas réalisée et par conséquent la clause portée ne s'appliquera plus faute d'objet.

CHAPITRE II

La clause d'Égalité a été si souvent confondue avec l'Institution contractuelle qu'il est bon d'étudier en détail la controverse, ce qui permettra de rejeter l'opinion qui tend à l'assimilation complète des deux clauses.

En étudiant l'ancien droit et la période révolutionnaire nous avons vu qu'il y avait dissemblance entre les deux dispositions. Mais les auteurs qui ont subi plus ou moins l'influence de Merlin, ou qui ont vécu dans la première moitié du siècle dernier, ont tendance à l'assimilation. Disons tout de suite que comme nous l'avons déjà remarqué les auteurs récents sont en majorité en faveur de l'opinion contraire. Merlin est un des premiers auteurs qui ait admis la théorie de l'assimilation ; il semble appuyer son raisonnement sur l'ancien droit ; il critique quelques arrêts et admet qu'en cas de promesse d'Égalité il y a Institution contractuelle pour la part virile de l'institué.

Pour Duranton (1) « le père ne peut disposer à titre gratuit au préjudice de son enfant qui doit avoir sa part héréditaire entière, eu égard au nombre des enfants laissés au décès, mais il peut encore disposer du disponible ordi-

(1) Voir Duranton, tome 9.

naire, moins la part qui a été assurée à l'enfant marié par l'Institution contractuelle. »

Tel est encore le sentiment de Troplong (1). « Si on se place en dehors de particularités pour se mettre nettement en face d'une promesse d'Égalité, ne peut-on pas dire que le père de famille qui marie son enfant et lui promet l'Égalité, en d'autres termes qui s'oblige à ne pas faire de dispositions en faveur de ses autres enfants, promet à plus forte raison de n'en pas faire à l'égard d'un étranger. Ce père donne une garantie contre les entraînements de l'affection paternelle ; n'est-ce pas une raison pour qu'on le croie fort contre les tentations des tiers ? N'y a-t-il pas là une volonté claire qui a été le gage de l'union de deux familles et qui ne permet pas d'ultérieures libéralités au profit de tiers ? » Pour Troplong il y a donc dans la promesse d'Égalité une Institution contractuelle virtuelle, car ce n'est qu'en laissant une portion intacte au décès que le père assurera l'égalité à ses enfants.

C'est encore la théorie de l'Administration dans sa circulaire du 24 juin 1836 : « Sous l'ancien droit elle (2) était considérée comme équivalente à une Institution contractuelle ; elle transmet au futur, sous la condition de survie, une part dans la quotité disponible des biens du père, et interdit à ce dernier la faculté de disposer de cette quotité

(1) Troplong, *Donations et testaments*, n° 2376.

(2) La promesse d'Égalité.

au préjudice du futur. » Cette théorie est encore admise par Rolland de Villargues.

Nous voyons tout de suite que les arguments invoqués ne sont pas aussi sérieux qu'on aurait pu le croire ; cependant celui de Troplong n'est point dénué d'intérêt. Malheureusement cet auteur oublie que nous sommes en matière d'exception et du fait que l'on s'interdit d'avantager les autres enfants, est-ce à dire que l'on renonce à faire toute donation. Quant à l'argument qui considère que pour qu'il y ait véritablement égalité, il faut le partage absolu de la quotité disponible, il ne semble même pas mériter la discussion.

Voyons la jurisprudence, il est certain qu'elle a eu de nombreuses tendances à assimiler les deux clauses. Mais si l'on vient à y regarder de plus près, on remarquera qu'il n'y a guère que la Cour de Limoges qui, ayant eu souvent à juger de ces sortes de pactes, montre une tendance bien définie à assimiler la promesse d'Égalité à une véritable Institution contractuelle.

Il est à remarquer, en effet, que c'est surtout en Auvergne, en Limousin et dans l'Angoumois que des litiges de cette nature se sont surtout présentés ; lorsque des procès sur la promesse d'Égalité ont été soulevés ailleurs, il est à noter que, dans la plupart des cas, le litige était soulevé dans des familles originaires de ces régions. Étudions l'arrêt qui a été le plus loin dans la voie de l'assimilation. C'est un jugement du tribunal de Bellac confirmé en appel,

« Considérant, dit-il, que le contrat de mariage des époux Léger contient la clause suivante : « En outre, lesdits époux Principaux promettent et s'obligent, chacun de son côté, de garder et conserver à la future épouse, leur fille, une entière et parfaite égalité avec leurs autres enfants, et de n'avantager aucun d'eux à son préjudice, directement ou indirectement. Considérant que Marie Châtenet, ayant épousé en troisième nocce François Savignat a, par son testament reçu M^e Constancin le 9 août 1859, légué au dit François Savignat, en toute propriété et jouissance, la quotité de ses biens laissée à sa disposition par la loi ; qu'il faut donc rechercher si la disposition faite en faveur de François Savignat est valable et si elle peut produire ses effets. Considérant que l'art. 913 a déterminé la part de biens laissée à la disposition des père et mère ; qu'en restreignant les libéralités qui leur sont permises il a évidemment laissé la faculté d'y renoncer par les articles 1082 et 1083. Considérant que la clause du contrat de mariage des époux Léger prise dans son ensemble démontre que Marie Châtenet entendait assurer toute sa fortune à ses enfants et renoncer au droit qui lui était accordé par l'art. 913. Qu'en promettant l'Égalité à Jeanne Principaud, sa fille, elle lui assurait sa part virile dans sa future succession, sans que la quotité disponible à son égard pût lui être enlevée ; qu'elle l'instituait donc par là son héritière pour tout ce qui lui reviendrait, comme enfant, dans

(1) Sirey, 63. 2. 98. Dall, 63. 2. 213. .

sa future succession, sans que la quotité disponible à son égard pût lui être enlevée. Qu'en contractant mariage avec Jeanne Principaud dans ces conditions, Léger a donc dû compter que ladite Jeanne Principaud recueillerait dans la succession de sa mère tout ce que la loi l'appelait à prendre et sans qu'aucun étranger pût y intervenir en concurrence avec elle ; que le prédécès de deux de ses enfants n'a pu rendre à Marie Châtenet un droit auquel elle avait renoncé ; que si l'Institution au profit de Jeanne Principaud était incertaine quant à sa quotité, qui pouvait s'accroître ou diminuer, elle était fixée quant à son principe, c'est-à-dire que Jeanne Principaud devait recueillir sa part d'enfant tout entière, telle que cette part serait déterminée par la loi au jour de l'ouverture de la succession ; que Jeanne Principaud étant le seul enfant laissé par Jeanne Châtenet elle doit donc recueillir la totalité de sa succession ; que le legs fait à François Savignat par le testament est donc nul, etc. »

Il est à noter que la clause d'Égalité n'était en quoi que ce soit ambiguë ; et pourtant la Cour de Limoges n'a même pas vu qu'en admettant sa théorie le legs fait au profit du troisième mari était valable dans une certaine mesure, puisqu'en toute hypothèse la loi laisse à l'instituant la faculté de faire des dons modiques (1). Il faut bien dire que dans notre ancienne jurisprudence, on avait tendance à

(1) Voir art. 1083.

annuler — lorsque ces sortes de clauses étaient stipulées — les dispositions universelles ou à titre universel, mais il nous paraîtrait invraisemblable de ne pas permettre une disposition de ce genre dans notre droit, sauf bien entendu à la réduire dans la proportion de « dons modiques ». Cet arrêt a été sévèrement jugé par l'arrétiste du Dalloz. « De ce qu'un père s'est engagé à maintenir l'égalité entre ses enfants on n'en peut pas conclure qu'il ait entendu renoncer à la faculté de faire quelques dispositions en faveur de tiers ; soit pour reconnaître des services rendus, soit pour donner satisfaction à des sentiments qui peuvent avoir leur légitimité. »

Breuilh, dans la *Revue judiciaire de la Cour de Limoges* (1), nous apprend que cet arrêt fut diversement commenté et il s'efforce de le justifier ; il prétend que la clause était ainsi interprétée dans l'ancien Droit ; malheureusement il ne donne aucune référence et son opinion semble bien être gratuite (2). Il semble pourtant citer une autorité ancienne « le donateur, en s'interdisant le droit de dépouiller son enfant au profit de ses frères et sœurs, s'est à plus forte raison obligé à ne pas le faire au profit d'un étranger (3) ». De son côté, le donataire n'aurait songé à se garantir contre ses frères et sœurs, que parce que ceux-là

(1) *Revue judiciaire de la cour Impériale de Limoges*, 1864, 2^e année, 31 mai 1864, 5^e fascicule.

(2) Peut-être a-t-il cru admise sans discussion la théorie de la circulaire de l'administration de 1836.

(3) Peut-être s'est-il tout simplement inspiré de Troplong ?

étaient surtout à craindre, mais il aurait entendu par là même se garantir à fortiori contre les étrangers.

La Cour de Limoges a eu de nouveau à juger semblable clause par arrêt du 23 mai 1888, dans une affaire Jouhannaud-Savodin. « Considérant qu'aux termes du contrat de mariage des époux Savodin, les sieur et dame Jouhannaud père et mère de la future épouse s'étaient obligés à maintenir l'Égalité la plus complète entre elle, son frère et leurs enfants s'interdisant d'avantager leur fils et ses enfants, soit directement, soit indirectement au préjudice de la future épouse et de ses enfants. Considérant que cette clause contenant promesse d'Égalité vaut au profit de la future épouse la dame Savodin, *par rapport à son frère comme institution contractuelle* d'une part héréditaire dans la quotité disponible ; qu'au jour de son décès la dame Jouhannaud mère, instituante, ayant laissé y comprise l'institué deux enfants, la quotité disponible s'est trouvée être du tiers, et *l'institution contractuelle porte sur la moitié de ce tiers, soit un sixième, de sorte qu'elle ne pouvait plus disposer que du second sixième.* Que dans son testament du 1^{er} juillet 1886, après avoir fait divers legs en faveur de son mari, la de cujus commence par léguer à son fils l'usufruit du sixième resté libre et la nue propriété de ce sixième à sa fille. Que par ces deux dispositions, la mère de famille a donné, puis légué l'intégralité de la quotité disponible, soit le tiers de l'ensemble de la succession.

L'ancienne théorie, un peu voilée, semble être toute là ;

la promesse d'Égalité est devenue un préciput, c'est une donation à terme d'une part de quotité disponible, en tous points irrévocable. D'autre part, la Cour commet une erreur assez forte, elle autorise la dame Joughannaud qui n'a en somme qu'une quotité disponible d'un tiers, à disposer, de ce tiers, puisqu'elle valide en sus de la quotité disponible, et en prenant nécessairement cette somme sur la réserve, un legs fait au profit du mari de l'instituante.

Voici en effet, le raisonnement de la Cour. Supposons la fortune totale de la dame Joughannaud de 66.000 francs, le legs fait au profit du mari de 6.000 francs, réduit la masse à 60.000 francs. La quotité disponible est donc de 20.000 francs, puisqu'il y a deux enfants. La Cour attribue donc à M Joughannaud 10.000 francs (le sixième), grâce à son préciput d'Égalité. Quant à l'autre sixième, il lui est encore attribué en vertu d'une clause pénale qui n'est d'aucun intérêt pour notre travail. A notre sens, on aurait dû agir tout autrement : il est certain que l'on devait calculer la réserve sur la fortune totale, sans oublier le moindre legs, ce qui faisait à chaque enfant 22.000 francs au lieu de 20.000. Quant au legs, si on voit dans la promesse d'Égalité une Institution partielle, il devait être défalqué de la quotité disponible tout entière, puisqu'il ne lésait pas l'instituée, étant adressé à un étranger, le père ; il restait donc 16.000 francs, et l'effet de la clause d'Égalité devait être d'obliger l'instituante à donner à sa fille sur

cette somme, une part au moins égale à celle de son frère. Si au contraire, on suit le système qui semble (1) être celui de la Cour de Limoges, il fallait imputer l'intégralité du legs sur le sixième afférent à l'enfant non institué.

Voilà les rares arrêts qui ont tendance à assimiler les deux clauses; les répertoires de jurisprudence en signalent quelques autres. Nous verrons plus tard que s'ils ont cru faire application de règles qui semblent être celles découlant d'une Institution contractuelle absolue, c'est pour des motifs qui souvent même sont l'application exacte du principe que nous soutenons.

II

Si des arrêts ont vu dans la promesse d'Égalité une Institution contractuelle, il est bon de dire que d'autres

(1) Au fond il est malaisé de rechercher quel était le système de la Cour; car elle louvoie entre les deux théories, elle part d'un principe que nous croyons vrai « dans les rapports du frère et de la sœur la clause vaut institution contractuelle » puis le rédacteur trompé par le mot institution voit une indisponibilité *absolue* d'une part de quotité disponible alors qu'il venait de poser en principe qu'elle n'était que *relative*; s'il avait remarqué qu'en suivant sa marche il se mettait en présence de deux quotités disponibles 1° erga omnes : du tiers; 2° entre enfants : variable selon les libéralités faites par l'instituant à l'égard d'étrangers, l'arrêt ne serait pas arrivé à cette solution bizarre: ne pas accorder à un enfant sa réserve intégrale. Peut-être serait-il possible d'admettre contre l'opinion commune que la pensée des rédacteurs de cette clause se rapproche de notre manière de voir.

sont tombés dans l'erreur contraire, beaucoup plus grave à notre sens.

Ils ont profité d'une clause dont la rédaction n'était pas des plus satisfaisantes pour ne voir qu'une simple promesse d'Égalité, là où il était à peu près évident que les parents avaient voulu consentir davantage au profit de l'enfant institué.

Citons un arrêt de Bordeaux et un de Paris. Dans l'affaire soumise à la Cour de Bordeaux, un sieur Béchade avait stipulé la clause suivante dans le contrat de mariage de sa fille. « En faveur du dit mariage, le dit sieur Béchade promet à sa dite fille, d'observer à son égard une parfaite égalité dans le partage des biens de sa succession, sans pouvoir faire aucune disposition qui diminue sa portion virile, sous la réserve de pouvoir disposer au préjudice de la dite promesse : 1° en faveur d'Anne Léaud, de l'usufruit de la portion disponible ; 2° en faveur de qui il voudra de 7.000 francs. » En 1831, Béchade fait une institution contractuelle — beaucoup mieux rédigée il est vrai — au profit d'une dame Labregère. Voici la clause. « En considération du mariage proposé, le dit Jean Béchade, oncle, déclare instituer la future épouse, son héritière universelle, à l'effet de lui succéder après sa mort, concurremment et par portions égales avec ses deux filles, qui sont ses héritières présomptives, en tous ses biens, meubles, effets mobiliers, immeubles, objets réputés tels par destination, tous droits, actions et prétentions, généralement quel-

conques qui se trouveront dépendre de la succession de l'instituant, ce qui fera un tiers du tout pour chacune des héritières appelées à prendre part dans la succession de celui-ci, dont l'intention est cependant que l'Institution faite au profit de la dame Marguerite, s'étende jusqu'à la moitié de la totalité des biens qui composeront son hérédité, si celle de ses filles qui n'est pas encore mariée vient à prédécéder sans laisser de postérité. »

Après la mort de Béchade, la dame Labregère prétend, grâce à son Institution contractuelle, avoir droit à l'universalité de la quotité disponible du *de cuius*. La fille, M^{me} Besse, se fiant sur son contrat de mariage antérieur, prétend que la clause de ce contrat ayant épuisé la quotité disponible, la libéralité faite au profit de la dame Labregère est donc non avenue. La dame Labregère de répliquer qu'il n'y avait point Institution contractuelle, mais simplement promesse d'Égalité, et que comme l'autre sœur était morte, cette clause n'est d'aucun effet.

Le tribunal d'Angoulême, devant qui l'affaire fut d'abord portée, débouta la dame Labregère en sa demande et vit dans la stipulation du contrat de mariage de la dame Besse née Béchade, une Institution contractuelle pour part virile, qui dans l'hypothèse avait épuisé la quotité disponible du *de cuius*, puisqu'à son décès, il ne laissait que sa fille comme unique héritière, la portion promise étant égale à la totalité de la fortune de l'instituant. A notre avis le tribunal avait fort bien jugé.

La Cour de Bordeaux crut mieux faire de voir dans le pacte intervenu par le contrat de mariage de la dame Besse une simple promesse d'Égalité ; sa décision semble bien critiquable.

Analysons en effet la clause. D'abord Béchade stipule qu'il ne fera aucune disposition pouvant diminuer la portion virile de sa fille future épouse, il semble que cette formule ne prête à aucune ambiguïté et qu'il est déraisonnable de croire que le père s'est octroyé la faculté de donner à des étrangers ; en agissant de la sorte, il diminuera la portion virile qu'il a pourtant assurée. Pourquoi encore cette réserve de donner à qui il voudra 7.000 francs, c'est bien la preuve que dans son esprit le stipulant se voyait privé de la possibilité de faire des libéralités au profit d'étrangers.

La Cour a dû être entraînée par deux raisons. Si nous étudions la seconde clause qui, à n'en pas douter, renferme une Institution contractuelle au profit de la dame Labregère — mais dont l'effet est subordonné à l'étendue de la première — nous nous apercevons que celle-ci est bien mieux rédigée que celle-là. Mais cet argument était-il d'un grand poids ! Quand Béchade voulut faire sa deuxième Institution, il est bien probable que la question de savoir, quelle était la portée de la première convention fut envisagée, et que l'on prit le maximum de précautions ; mais à ce moment la conduite de Béchade vis-à-vis de sa fille devait être suspecte ; puisque l'on ne tendait à rien moins qu'à la déshériter.

D'autre part la clause parlait de portion ; en effet, au moment du premier contrat de mariage, il y avait deux enfants. Ce mot *portion* impliquait une idée de partage et la Cour n'aurait pas voulu admettre l'idée d'accroissement. A cela il faut répondre que la pratique notariale est en présence d'une bien grosse difficulté : il faut assurer à l'enfant qui se marie sa part entière dans la quotité disponible, sans que la clause puisse préjudicier à l'autre enfant au cas où il y aura partage entre eux deux. Mais au cas de prédécès de ce dernier, la clause devra être entendue comme une Institution contractuelle portant sur l'universalité du patrimoine ; le notaire devra combiner sa clause d'une façon telle qu'elle puisse s'adapter sans ambiguïté aucune à l'une et à l'autre hypothèse ; et pourtant, il devra ménager la susceptibilité bien légitime de l'autre enfant présent au contrat, pour qu'il ne puisse pas croire que l'on spéculé sur l'éventualité de sa mort. Les magistrats devraient comprendre ces difficultés et se montrer un peu moins rigides.

Une affaire à peu près semblable a motivé un arrêt de Paris (1). La comtesse du Cayla avait deux enfants au moment du mariage de sa fille avec le prince de Craon ; elle

(1) Voir Sirey 56. 2. 399. Voici la clause du contrat de mariage de la princesse de Craon « Madame la Comtesse du Cayla assure à mademoiselle sa fille future épouse, sa part et portion virile intégrale dans les biens meubles et immeubles qui composent sa succession, distraction faite du domaine de Saint-Ouen, qu'elle se réserve de pouvoir donner à titre de préciput et hors part à M. son fils. »

assure à celle-ci sa part et portion virile intégrale dans les biens meubles et immeubles que comprendra sa succession, distraction faite d'une propriété qu'elle se réserve le pouvoir de donner à son fils. Entre temps le fils meurt, puis la comtesse du Cayla fait un testament par lequel elle lègue cette propriété à la ville de Paris. Le legs fut maintenu.

La Cour de Paris ne vit dans la clause qu'une obligation corrélatrice de ne disposer de la quotité disponible qu'en faveur des deux enfants et ceci d'une manière égale ; de façon que chacun ait sa portion intégrale (1).

« Considérant qu'au moment où elle mariait sa fille la comtesse du Cayla avait deux enfants et notamment un fils, qu'en raison de son sexe et des idées qui prédominaient alors, elle pouvait avoir le dessein d'avantager son fils de toute la quotité disponible ; que la clause avait pour but de mettre des bornes à ce dessein présumé ; qu'ainsi donc si on se reporte à la situation des parties lors du contrat de mariage, on n'y trouvera aucune circonstance d'où l'on puisse induire une Institution universelle au cas de prédécès du fils. » Il paraît impossible d'admettre ce raisonnement qui n'est qu'arbitraire et qui va d'une façon manifeste à l'encontre de l'intention des parties (2).

(1) La Cour de Paris oublie de remarquer que si la clause avait ce sens, elle serait nulle ; l'art. 1082 n'autorise ces genres de pacte qu'au profit de l'enfant qui se marie.

(2) La Cour de Paris aurait peut-être pu maintenir le legs en

III

L'opinion des auteurs cités et celle admise par les arrêts exposés dans le paragraphe précédent ne paraissant guère fondée, il faudrait maintenant rechercher quel pourrait être le criterium en la matière. Il est certain qu'il n'y a qu'une nuance entre l'Institution contractuelle pour portion virile et la simple promesse d'Égalité ; la pratique et la théorie ont trop souvent tendance à prendre l'une des clauses pour l'autre, pourtant il va de l'intérêt des particuliers de voir plus de suite dans la jurisprudence, car c'est le cas en cette matière de dire « vérité en deçà, erreur au-delà ».

La Cour de Riom a eu souvent l'occasion de juger ces dispositions et ses arrêts semblent empreints de la plus grande sagesse, ils savent s'éloigner de l'argutie des deux dernières décisions commentées, comme de la mansuétude de la Cour de Limoges en l'espèce.

Au point de vue purement doctrinal d'abord, il ne nous paraît guère possible d'admettre que la promesse d'Égalité soit une Institution contractuelle, nous l'avons assez démontré. Qu'il nous soit permis d'indiquer à notre sens

s'appuyant sur un raisonnement plus juridique, elle n'avait qu'à s'appuyer sur la restriction de l'art. 1082 et si, toutes proportions entre la fortune et le legs étaient gardées, maintenir ce dernier comme don modique.

l'origine d'une erreur de la doctrine qui a fini par gagner une partie de la jurisprudence. Le premier auteur qui assimile vraiment les deux clauses est Merlin ; il cite un certain nombre d'arrêts qui, dans l'ancien droit ont annulé des donations faites au profit de frères ou sœurs de l'institué, mais ce qui a dû induire sa religion en erreur, c'est que dans toutes les hypothèses qu'il nous présente, on avait annulé des donations faites au profit d'autres enfants. Il aura ainsi généralisé et aura cru que la même solution aurait été donnée si la libéralité avait été adressée non point à des frères ou sœurs de l'institué, mais à des étrangers. Dans ce cas elles auraient eu un sort tout autre.

Un arrêt de la Cour de Cassation de 1818 a eu lui aussi, mais d'une façon bien involontaire sa part dans l'erreur commise. Car au fond la Cour suprême ne prend pas partie dans cette controverse. On avait stipulé dans un contrat de mariage la clause suivante « les père et mère déclarent instituer le futur époux ou ses enfants par représentation leur héritier mobilier et immobilier, pour avoir une part égale dans leur succession après le décès des dits père et mère, à l'encontre de leurs autres enfants ». Tous les autres frères et sœurs étaient morts dans l'intervalle, l'institué voulut faire déclarer que la clause frappait l'universalité du patrimoine.

La Cour suprême se contenta de répondre « que l'enfant n'avait été institué que pour avoir une part égale à celle des autres enfants de l'instituante, que celle-ci n'a pas

renoncé par là au droit de disposer à titre gratuit, de façon à s'interdire toute libéralité » et que décider le contraire était violer l'article 913. Nous ne voyons pas comment on a pu faire état de cet arrêt. D'autant plus que les demandeurs en Cassation, qui firent briser la sentence de Douai, avaient bien eu soin de faire remarquer que l'instituante par cette clause avait si peu fait une Institution universelle, qu'elle restait libre de disposer de ses biens en faveur des étrangers pourvu qu'elle conservât entre enfants l'égalité promise (1). Il est certain que si l'on avait à juger au point de vue du droit strict, les raisonnements de Paris et de Bordeaux ne manqueraient pas d'une certaine justesse. Dans notre droit l'article 1.130 a posé un principe rigoureux : la prohibition du pacte successoire. Toute clause portant atteinte à ce principe doit être interprétée d'une façon restrictive et par conséquent tous les doutes doivent être interprétés en faveur de la capacité testamentaire.

A cette jurisprudence il est permis de faire quelques reproches. Lorsqu'on l'applique telle que nous l'avons vu employer, l'office du juge consisterait uniquement à la *recherche de termes ambigus et équivoques* pour restreindre une clause sans se soucier de la volonté des parties qui pourtant devrait être souveraine.

A notre sens il ne faut pas trop s'appesantir sur tel ou

(1) Devill. 1818 page 559. — Le problème posé en effet consistait à savoir si oui ou non la clause emportait institution universelle.

tel mot renfermé dans cette convention : la difficulté et l'obscurité de la matière permettent à notre avis une interprétation un peu moins judaïque. S'il se dégage en effet d'une façon à peu près certaine que l'on a voulu consentir l'un ou l'autre pacte on devra suivre les règles de l'Institution contractuelle ou de la promesse d'Égalité, la clause sera donc plus ou moins étendue. Car il est inadmissible de casser des libéralités faites au profit d'étrangers lorsqu'on a simplement renoncé à avantager ses autres enfants. Le juge peut d'autant plus justifier son opinion d'après des circonstances de fait que le contrôle de la Cour suprême n'est pas à redouter. Il pourra, par exemple, consulter avec fruit les contrats de mariage des proches parents ; ces sortes de clauses sont généralement de tradition dans les familles. C'est ce que semble avoir fait avec profit la Cour de Riom et ce n'est que lorsque le doute sera absolu qu'il serait plus juridique de pencher vers la simple clause d'Égalité qui, étant une incapacité moins grande, entraîne partant la nullité de moins de contrats.

C'est ce qu'a fait la Cour de Riom (1) ; ainsi elle a jugé qu'il y avait Institution contractuelle dans la clause suivante « M. et M^m^e Coulandre, instituant *également* M^m^e Bouchard leur fille conjointement et par égale portion avec ses frères et sœurs, héritière générale et universelle de tous ses biens meubles et immeubles, s'interdisent dès ce

(1) Riom, 10 mars 1884. (Dall. 85. 4. 408.)

moment de pouvoir directement ou indirectement avantager leurs enfants au préjudice de la future ». Elle s'est servi du mot « également » qui reliait ce texte à une Institution contractuelle renfermée dans le même contrat et beaucoup mieux rédigée pour admettre encore une deuxième Institution faite par les père et mère au profit de leur fille. Dans (1) une autre espèce, au contraire, elle se sert du même procédé pour admettre une simple promesse d'Égalité ; elle se réfère à une clause beaucoup plus claire du contrat de mariage d'un autre enfant et d'autre part la formule employée ne portait point lieu au doute. « Les parents appelaient la future épouse à partage égal dans leur succession et renonçaient conséquemment à faire à leurs autres enfants et à leurs descendants aucun avantage au préjudice de la future épouse ».

La Cour d'Orléans a eu, elle aussi, à se prononcer ; mais son appréciation serait peut-être un peu moins heureuse. « M. et M^{me} Bailly ont assuré à leur fille tout ce qui pourra lui revenir dans leur succession future et même dans la quotité disponible, et ils ont renoncé à faire aucune disposition à son préjudice en faveur de leurs autres enfants ».

Cette clause se rapproche de celle de l'arrêt de la Cour de Cassation de 1818 et il est à remarquer, dans l'un et l'autre cas que si l'on s'appesantit davantage sur la première partie

(1) Riom, 2 mars 1882. (Dalloz. 83. 2. 15.)

Voir encore comme appréciation de l'étendue de la clause, Dalloz, 1888, 1. 128. Dall. 1898, 1. 481,

de la phrase il y a Institution ; tandis que si l'attention est nettement concentrée sur le dernier membre de phrase il y a une promesse d'Égalité. Le Cour de Cassation et la Cour d'Orléans ont vu dans le second membre de phrase une incidente explicative de la clause tout entière (1).

Ces différentes manières d'envisager la chose qui, à premier examen, ne semblent pas des plus conformes aux règles rigoureuses du droit nous semblent des plus équitables ; ces différents jugements ont certainement tenu compte dans leur appréciation de l'obscurité de la matière et de la nuance presque imperceptible qui existe à notre avis entre la promesse d'Égalité et l'Institution contractuelle pour portion virile.

(1) Faisons remarquer en passant qu'il y a une nuance entre les deux clauses ; l'arrêt de la Cour de Cassation semble à l'abri de toute critique, mais non l'arrêt d'Orléans ; si on analyse bien cette dernière clause on s'aperçoit que les deux membres de phrases sont reliés par la conjonction « **et** » qui n'enlève par conséquent aucune portée à la première phrase générale et ainsi cette deuxième phrase ne semble insérée que pour bien appuyer sur la conséquence de la stipulation au regard des enfants et non pour restreindre la formule. Voir l'arrêt, Dalloz, 1898. 4. 481.

CHAPITRE III

Il n'a pas été possible de trouver plus de deux arrêts qui aient nettement confondu la promesse d'Égalité avec l'Institution contractuelle. Si pourtant on ouvrait un code annoté on en trouverait un bien plus grand nombre. La vérité est que ces décisions ont appliqué ce principe toujours vrai, qu'il est interdit de faire indirectement ce que l'on s'est défendu.

Voyons par exemple un arrêt de Bordeaux du 20 janvier 1863 ; une personne dans le contrat de mariage de sa fille, avait consenti à son profit une promesse d'Égalité. Avant de mourir, elle rédige un testament par lequel elle institue, non pas son autre fils, mais les enfants de ce dernier ; la Cour décida qu'il y avait un avantage indirect et par conséquent interdit au profit de l'enfant non institué. La Cour avait donc vu une interposition de personnes dans l'Institution faite au profit des petits enfants, et elle n'avait en quoi que ce soit reconnu que, dans le contrat, on ait stipulé une Institution contractuelle pour portion virile (1).

(1) Cette jurisprudence va nous permettre de répondre à une objection faite contre la promesse d'Égalité telle que nous l'entendons. Ce n'est pas, dit-on, un contrat sérieux, parceque l'instituant n'a qu'à donner la quotité disponible à son conjoint qui la distribuera selon les intentions du défunt : d'abord lorsque cette clause

Son jugement était-il absolument inattaquable; ne pouvait-elle pas seulement se contenter de réduire le legs? La réponse à cette question va nous jeter dans une controverse bien délicate, qui, il faut le dire, a plus d'intérêt en matière d'Institution contractuelle que de promesse d'Égalité.

Un père assure à son enfant sa part virile, soit envers et contre tous, soit seulement à l'égard de ses frères et sœurs; il renouvelle dans chacun des contrats de mariage de ses enfants la même formule; il meurt, faisant des dons modiques : il s'agit de savoir comment va être supportée la donation (1). La question des dons modiques, nous l'avons déjà fait remarquer, est restée bien souvent inaperçue; cependant l'article 1.082 est formel et nous admettrions qu'une donation modique consentie au profit d'un autre enfant serait même valable; le père ne pouvant aliéner une plus grande partie de la capacité testamentaire que celle prévue par l'article 1.082 sans tomber sous les coups de l'article 1.130.

Si nous envisageons la question selon les règles ordi-

est stipulée, elle l'est en général par le père et la mère, et comme les deux seront tenus à l'égalité, le partage égal aura lieu dans la deuxième succession, l'enfant perdra les intérêts intérimaires, il est vrai. Ensuite ce dernier pourra toujours en toute hypothèse s'appuyer sur la jurisprudence que nous développons pour faire invalider le legs qui est nuisible.

(1) En cas de promesse d'Égalité il faut supposer que le père a fait le don au profit d'un autre enfant, et admettre la théorie qui nous semble vraie, que le père ne peut pas renoncer au droit de faire des dons modiques au profit de ces derniers,

naires du droit, il est certain que nous allons raisonner de la façon suivante. Le *De cujus* a trois enfants; il institue le premier soit par promesse d'Égalité, soit par Institution contractuelle de part virile, à ce moment il avait encore sans léser son enfant toute facilité pour faire des dons modiques. Si la loi lui a conservé cette ressource — l'a en quelque sorte prémuni contre son propre entraînement — c'est pour lui permettre de pouvoir gratifier dans les derniers moments de l'existence; et à cette époque il aura une capacité testamentaire suffisante, puisqu'il pourra encore disposer des $\frac{2}{3}$ du quart de ses biens, soit du sixième de sa fortune.

Il fait une seconde promesse au puiné, sa quotité disponible diminue et la voilà réduite à $\frac{1}{12}$. Cette quotité est devenue très faible. Quelle pourra bien être la valeur d'une troisième promesse s'il y a des donations postérieures? Devront-elles être supportées par le troisième enfant ou se répartir entre eux tous? La rigueur des textes inclinerait à admettre la première solution. Si le père n'avait pas fait sa promesse dans les contrats suivants, il est certain que les libéralités seraient supportées par ce qui resterait de quotité disponible et par conséquent par les deux puinés dans l'ordre des contrats de mariage. Est-ce que par un subséquent contrat on peut rendre pire une situation définitivement acquise par une tierce personne? Cependant comme la volonté des parties est souveraine en la matière, on pourrait peut-être argumenter du fait suivant,

le père en faisant trois clauses également identiques, a voulu qu'il y ait une égalité rigoureuse entre ses enfants et par conséquent pourrait-on admettre qu'il y a de sa part une réserve tacite de faire supporter les dons modiques par la masse de ses enfants. Si le juge ne craignait (1) pas les règles de l'irrévocabilité des donations, cette solution pourrait davantage satisfaire l'esprit, car elle semble plus équitable; mais est-elle juridique? Nous ne le croyons malheureusement pas.

La Cour de Cassation a eu en effet à se prononcer dans un conflit à peu près semblable et voici sa solution qui ne peut être critiquée. Un père (2) avait institué contractuellement sa fille pour moitié et il avait un fils; il fait un testament instituant son fils légataire universel. Dans ce même acte, il consent un legs particulier au profit d'un tiers. Il s'agissait de savoir lequel des deux devait supporter ce legs ou la fille qui grâce à l'Institution contractuelle de son contrat de mariage obtenait une portion de la quotité disponible ou bien le fils qui était nanti de celle correspondant à sa part grâce au testament du père.

Le tribunal de la Seine ayant admis que le legs particulier avait un caractère certain de modicité eu égard à la fortune du disposant, ordonna qu'il serait supporté par moitié entre les deux plaideurs.

La Cour de Paris crut bon de décider que le legs devait

(1) Voir article 923, Code civil.

(2) Dalloz, 58. 1.185.

être payé d'abord par ce qui restait au décès de quotité disponible et la Cour de Cassation confirma la manière de voir de la Cour d'appel en ces termes : « Attendu que la question de savoir qui supportera les legs faits au légataire particulier s'élève entre la donataire de la moitié des biens ayant appartenu au défunt : donataire investie par une Institution contractuelle d'une manière irrévocable de la moitié de la quotité disponible, et le légataire investi de l'autre moitié des biens du défunt, légataire qui recueille ainsi, outre sa réserve, l'autre moitié de la quotité disponible. Que telle est en fait la situation des parties, que dans ce débat, on rencontre en première ligne une personne au profit de laquelle le donateur s'est dessaisi irrévocablement et à l'égard de laquelle il a perdu le pouvoir de donner une seconde fois; qu'au contraire vis-à-vis du légataire universel, le testateur avait conservé le plein exercice de sa liberté sur la quotité disponible qu'il lui avait légué. Qu'en cet état le testateur a pu imposer à sa libéralité testamentaire la condition de payer certains legs. »

II

Nous avons admis que les parents restaient, tout en ayant fait une promesse d'Égalité, capables de faire certains dons modiques à l'encontre de l'enfant institué et nous nous souvenons des multiples exemples rapportés dans l'ancien droit. Cette faculté semble déniée par la

d'Amiens (1). Disons bien semble, car la religion de la Cour a pu être entraînée par d'autres considérations dans une espèce qui ne manquait pas d'être délicate, et en y regardant de près sa décision pourrait bien être autant influencée par les arguments de l'arrêt que nous venons d'étudier. L'hypothèse s'était déjà présentée dans l'ancien droit, et elle avait reçu une solution contraire. Un père de famille fait une promesse d'Égalité au profit de sa fille, puis usant des règles admises par les articles 1048 et suivants, il substitue la part de quotité disponible de sa fille au profit de ses petits enfants, mais en ayant soin de dire que cette substitution ne pourra préjudicier en quoi que ce soit ses autres enfants.

La Cour de Douai considéra la clause nulle. « Considérant que la substitution graduelle emporte institution du second degré et démembrement à la fois de la part héréditaire du premier institué. Qu'une telle disposition, dès lors insérée au testament des sieurs et dames Despiennes, porte évidemment atteinte à l'irrévocabilité des droits assurés à la dame Delattre par la clause précitée de son contrat de mariage et doit être considérée comme non avenue. Considérant que si la promesse de part égale n'a pas été reproduite à l'égard du sieur Despiennes fils, de telle sorte qu'en droit les père et mère auraient pu disposer légalement en ce qui le concerne de l'excédent de sa légi-

(1) Sirey, 1835. 2. 380.

time, il ne s'en suit pas néanmoins au cas particulier, que l'instituée ne puisse agir en nullité de la substitution et n'ait d'autre action à exercer *qu'un recours en égalisation des parts contre la succession ; que ce n'est pas en fait et d'après les testaments des sieur et dame Delattre sur la masse de l'hérédité* ni sur la moitié formellement attribuée au fils que porte la dite substitution, mais bien sur la part exclusive de la dame Delattre, de telle sorte que ce recours même lui serait interdit. Considérant enfin que pour substituer valablement, il faut pouvoir en même temps créer un premier héritier de la chose qu'on veut grever de substitution ; que cette condition préalable de validité manquait également dans la cause puisque l'on s'était déjà irrévocablement dessaisi par l'Institution contractuelle du droit de disposer de la part héréditaire grevée, d'où il suit que sous cet aspect encore la substitution, objet du litige, doit être considérée comme non avenue. »

En maintenant la substitution, la Cour de Douai craignait sans doute l'ouverture contre le frère d'une action en indemnité pour le préjudice causé, ce qui aurait été contre le vœu formel du testateur : d'où cercle vicieux. Pourtant il était à remarquer que la substitution n'était qu'un préjudice apparent qui devait se résoudre en un véritable avantage, puisqu'elle laissait dans le patrimoine de la fille, probablement prodigue, une valeur indisponible qui lui permettait d'élever sa famille. Que si l'on considère que si ces sortes de donations sont tolérées, ce n'est pas dans

l'intérêt d'un individu, mais d'une famille qui va se former. Qu'elles entraînent tacitement substitution vulgaire au profit des enfants; il aurait peut-être été possible, en suivant la jurisprudence du tribunal de la Seine et de l'ancien droit, de maintenir la substitution en donnant à l'indisponibilité résultant du testament le caractère d'un don modique. La Cour a jugé autrement, on ne peut guère dire autre chose que « *dura lex, sed lex* », car il est certain qu'en allant au fond des choses il était impossible de motiver l'arrêt d'une autre façon sans violer l'article 923, à moins de décider que la substitution ne causait aucun préjudice à l'instituée.

III

Il reste une catégorie de libéralités au sujet desquelles il est intéressant de prendre parti. Un père, par exemple, avait contre son fils une créance; l'enfant tombe en faillite et obtient un concordat. Est-ce que son frère bénéficiaire d'une promesse d'Égalité pourra l'obliger à tenir compte du montant de la portion de la créance abandonnée au cas où, par hypothèse, le concordat aurait réduit la dette de moitié : nous ne le croyons pas. D'abord, le père, qui a consenti ce pacte, a fait comme tous les autres co-obligés, il a abandonné une partie de sa créance pour sauver l'autre sans avoir l'*animus donandi*. D'autre part l'obligation de l'enfant vis-à-vis de son père s'était scindée en

deux : une obligation civile et une obligation naturelle, et pour entraîner la rupture de l'égalité il faudrait, à notre sens, que l'obligation du fils à l'égard du père fût civile.

Mais que dirions-nous d'une dette naturelle payée par le père au profit de l'un de ses enfants. A-t-elle le caractère d'une libéralité ? D'abord il est à remarquer que cette créance n'est plus naturelle du fait du paiement et par conséquent, nous ne pouvons plus la considérer comme une libéralité.

C'est ce qui a été décidé par la pratique. Il était prouvé qu'un père devait depuis très longtemps à son fils les intérêts d'une somme d'argent ; il les paye, renonçant ainsi à se prévaloir de la prescription de cinq ans, dans la mesure où celle-ci était opposable ; la Cour de Riom (1) décida que le paiement était à l'abri de toute licite critique.

Le tribunal de Clermont-Ferrand avait pourtant jugé en sens contraire, allant jusqu'à dire que la prescription de cinq ans avait un caractère d'ordre public pour écarter la ruine des débiteurs.

(1) Riom, V. Dalloz 46. 1.374. et Dalloz 45. 2.156.

CHAPITRE IV

Nous avons vu que la promesse d'Égalité a pour but d'assurer à l'enfant qui l'obtient sa portion intégrale, tout au moins à l'encontre de ses frères et sœurs, dans la future succession de ses père et mère ; d'autre part, ces derniers peuvent, par acte entre vifs ou testamentaire, avoir le bien légitime souci de faire entre leurs enfants la division de leur patrimoine. L'article 1079 prévoit l'hypothèse et autorise ces sortes de partages qui, dans l'esprit du législateur, éviteront des procès et épargneront l'aveugle dévotion par voie de tirage au sort ainsi que les frais toujours énormes d'un partage judiciaire.

Mais la loi ne veut pas que le partage soit une source de profits détournés pour un enfant : elle le rescinde s'il y a lésion de plus d'un quart ou si, dans certains cas déterminés, la réserve se trouve atteinte (1).

Commençons par rechercher, si un père qui a fait au profit de l'un de ses enfants une promesse d'Égalité peut procéder à un partage présuccessoral. A cette question la réponse n'est guère douteuse ; le père s'est simplement interdit de rompre l'égalité ; il conserve donc tout ce qu'il ne s'est pas interdit de faire et entre autres choses le partage

(1) Voir C. c. 1079 et suiv.

de sa fortune. Mais là où la question devient épineuse, c'est lorsqu'il s'agit de déterminer si la rescision du partage pourra se produire s'il n'y a que lésion de moins du quart au préjudice de l'enfant institué. La doctrine est très partagée, tandis que la jurisprudence, sauf de rares décisions, incline à croire que la simple lésion suffit pour critiquer le partage, ou tout au moins pour accorder une action en indemnité qui permettra à l'enfant institué d'obtenir sa part intégrale.

La doctrine qui ne veut pas admettre que la lésion de moins d'un quart n'est pas suffisante pour donner une action part de deux principes : d'une part, si l'on accorde ce moyen de critiquer le partage, ce dernier ne pourra avoir qu'un caractère purement provisoire, car il est bien impossible de trouver un seul de ces contrats qui ne soit entachée d'une infime lésion et, d'autre part tout partage, dit-on, renfermant une lésion de moins d'un quart est un partage égalitaire d'autant plus que la simple lésion ne suffit pas pour entraîner l'action en réduction de donations. C'est l'idée de Riquier qui a été suivie par Messieurs Baudry et Colin (1) : « La promesse d'Égalité, à la suite de laquelle intervient un partage d'ascendants, laisse subsister les effets ordinaires et n'oblige point l'ascendant à observer dans la composition des lots autre chose que l'égalité légale ». Et ce sont ces auteurs qui insistent en faisant remar-

(1) Riquier, n° 423. — Baudry et Colin, *Des donations*, 3945.

quer que le législateur a été jusqu'à faire fléchir les règles de la réserve au profit des partages de présuccession puisqu'il ne suffit pas d'une simple atteinte portée à la réserve pour avoir droit à un complément de part.

Cependant la majorité des auteurs est d'un avis contraire. Duranton (1), par exemple, veut que le père puisse faire un partage; il s'est défendu de le faire avec inégalité, les enfants auraient une action non pas en rescision mais en rectification et indemnité ».

La jurisprudence suit d'une façon à peu près constante cette manière de voir; et à notre connaissance nous ne pourrions citer avec certitude qu'un jugement du tribunal de Charolles qui aurait décidé que le partage soit entre vifs soit testamentaire, devenait impossible du fait de la clause. Partant de ce principe, il aurait annulé un legs immobilier qui devait être contrebalancé dans la fortune de l'institué soit par une somme égale, soit par un immeuble équivalent au choix de ce dernier. Disons tout de suite que ce jugement a été non sans raison infirmé en appel (2).

On a essayé d'argumenter d'un arrêt de la Cour de Cassation qui se serait contenté de parler d'égalité en termes vagues. Si on lit l'arrêt avec attention il est permis d'admettre qu'il abonde plutôt dans notre sens. Il dit en effet, comme la cour de Riom (3) que la clause avait pour but de

(1) Duranton, tome 9, n° 655.

(2) Sirey, 28. 1. 282.

(3) Dalloz, 1879. 2. 79.

maintenir une égalité parfaite, et que la décision de cette Cour qui avait ordonné non l'annulation, mais le redressement du partage, était au-dessus de toute critique. Citons encore un arrêt de Limoges qui décide qu'un père qui a promis l'égalité ne peut détruire cette clause par aucun acte postérieur et déclare la simple lésion suffisante pour faire annuler le partage (1).

Cette manière de voir sans tomber dans l'exagération du tribunal de Charolles, est la seule qui donne une sanction à la clause d'Égalité et la maintienne d'une façon efficace. Supposons donc une famille de quatre enfants, le père s'est interdit vis-à-vis de Primus d'avantager un de ses frères à son détriment. Si on admet la théorie que nous combattons, rien n'est plus simple pour détruire la clause d'Égalité. Le père fera un partage ; il donnera la part de quotité disponible afférent à Primus à ses autres enfants, et l'institué ne pourra pas critiquer cette fraude sous prétexte que l'on a fait un partage, alors que de toute autre façon il y aurait lieu à critique. Autant vaudrait ne donner aucune efficacité à notre pacte. Bien mieux cette clause a été stipulée en vue des partages à venir. C'est en somme un engagement anticipé de ne pas troubler l'égalité dans les partages futurs. Supposons qu'un père insère dans un acte de partage une clause par laquelle ce dernier serait rescindable pour lésion d'un dixième par exemple : cette clause serait abso-

(1) Sirey 32.2.282.

lument valable. Pour admettre le contraire il faudrait décider que le taux de la lésion, là où elle existe, est d'ordre public, et l'on se heurterait à une décision récente de la Cour de Cassation du 10 décembre 1902 (1). Cet arrêt va jusqu'à décider que, lorsqu'il appert des circonstances de la cause, que le père a voulu faire un partage d'une égalité absolue, quoiqu'il n'y ait pas lésion de plus d'un quart, le partage pourra être rescindé. La théorie que nous soutenons a été surtout combattue parce que l'on a trouvé les partages de présuccession déjà pas trop instables ; mais la règle « de minimis non curat prætor » suffira pour arrêter le plaideur téméraire, d'autant plus qu'il courra les risques de nombreux frais dont au terme de l'article 1080 il devra faire l'avance, et qui en cas d'échec devront lui être attribuées d'une façon nécessaire. Et sa demande sera d'autant plus fragile que le juge pourra souvent maintenir le partage entaché d'une lésion faible, si l'avantage ne dépasse pas les bornes de dons modiques.

(1) Voir Dalloz 1906. 4.366.

CHAPITRE V

Dans les pays où l'on a coutume de stipuler la promesse d'Égalité, particulièrement en Limousin et en Auvergne, il arrive fort souvent que l'on stipule le régime dotal (1). Il est pourtant à remarquer qu'à l'heure actuelle, dans ces régions, il tend à diminuer, mais il serait peut-être plus juste de dire qu'il est actuellement plus habilement dissimulé.

En général, lorsqu'il est admis, on ne frappe de dotalité que la dot seule laissant aux biens paraphernaux la part assignée par le Code. On sait que l'article 1551 stipule « que tout ce que la femme se constitue ou qui lui est donné en contrat de mariage est dotal, s'il n'y a stipulation contraire », il s'agit donc de savoir quel va être l'effet de notre clause dans cette hypothèse. Il est certain que les biens acquis grâce à la promesse d'Égalité doivent figurer parmi les avantages consentis dans le contrat de mariage et nous admettrons donc sans difficulté que la portion obtenue, grâce à elle dans la quotité disponible, doit être frappée de dotalité.

Certains tribunaux et une partie de la doctrine vont encore plus loin : la promesse d'Égalité ou l'Institution

(1) Il est à remarquer, en effet, que depuis la promulgation du Code, la promesse d'Égalité n'est plus guère employée que dans ces pays.

contractuelle pour part virile entraînerait la dotalité générale de tout ce que l'enfant obtiendrait dans la fortune de son père ou de sa mère. Il est vrai (1) — car on a été jusqu'à soutenir le contraire — que dans cette opinion la dotalité ne frappe que l'actif net de la succession au moment où elle s'ouvre : il est certain que décider le contraire serait autoriser indirectement quelqu'un à renoncer au profit de celui qu'il institue le droit de disposer à titre onéreux ; ce qui a toujours été interdit. En effet, d'après cette théorie, du jour de l'institution les biens de l'instituant seraient devenus hors commerce (2), car la clause ainsi amandée autoriserait la critique de toutes les dettes contractées de bonne foi par le de cujus depuis le moment de l'institution.

Sans aller dans ces errements, la Cour de Limoges a admis en 1846 la solution de la dotalité complète dans le cas où un enfant avait été gratifié d'une promesse d'Égalité : « Attendu, dit la Cour, que les époux Cérès se sont mariés sous le régime dotal ; qu'il y a eu constitution de dot au profit de la future épouse et que, à la suite de cette constitution, il est dit que le père de la future promet de ne pas lui donner moins qu'à ses autres enfants.

« Attendu que, dans l'ancienne jurisprudence, la promesse d'Égalité était assimilée à une institution contrac-

(1) Pau, 20 janvier, Sirey, 1861-62, 2.452.

(2) Riom, 4 décembre 1810, Devill. à la date.

(3) S. 46.2.23.

tuelle ; qu'il en est de même sous le Code civil ; que l'Institution contractuelle donnait et qu'elle donne encore un droit certain aux biens de l'instituant, un droit qui dérive du contrat de mariage ; qu'elle ne peut être ni anéantie, ni fraudée ; qu'étant une donation de biens avenir, elle a toujours rendu dotaux les biens advenus à l'institué en vertu de l'Institution contractuelle. Que la promesse d'Égalité faite par le sieur Sénamaud père, à la dame Cérés mariée sous le régime dotal, a été réellement fait en faveur et contemplation du mariage et pour en supporter les charges, quoique cela ne soit pas littéralement exprimé dans le contrat, ce qui est le caractère des sommes dotales ou des avantages dotaux ».

Il faut bien dire que l'attention de la Cour avait été surtout concentrée sur ce fait que la promesse d'Égalité n'assurait pas à l'instituée un avantage assez précis et assez certain au moment du contrat de mariage pour permettre de motiver l'application de l'article 1541 du Code civil.

Il faudrait écarter de ce débat deux arrêts de la Cour de Cassation qui sont invoqués contre notre théorie ; l'un et l'autre ont en effet décidé que si dans l'affaire qui leur était soumise, il y avait lieu de décider que la dotalité était générale c'était pour d'autres motifs. Cependant, il est bon de faire remarquer que dans l'un des cas la Cour d'Aix (1) à qui avait été soumis précédemment le litige,

(1) Voir Sirey, 66, 4, 203.

avait décidé que, subsidiairement, une Institution contractuelle pour portion virile entraînait par cela seul la dotalité de tout ce que l'institué prenait dans la succession de l'instituant.

Dans l'autre hypothèse, il est certain que le rédacteur du contrat de mariage avait trouvé ingénieusement un moyen détourné pour stipuler la dotalité intégrale (1). Voici la clause : « En contemplation de ce mariage, les père et mère de la future lui font donation par préciput du tiers des biens meubles et immeubles qu'ils laisseront à leur décès et en outre, pour sa portion dans la réserve — cette dame avait une sœur, — de la moitié des deux autres tiers des mêmes biens meubles et immeubles ». Il est certain qu'en stipulant cette fin de clause on ne pouvait avoir en vue que de frapper la réserve de dotalité, puisqu'elle était parfaitement inutile autrement. Rodière et Pont (2) nous signalent tout au long cette controverse : « Dans certains cas il peut y avoir des doutes sur les biens que l'on doit considérer comme compris dans la donation (par contrat de mariage) ; c'est ce qui arrive notamment lorsque le père ou la mère de la future lui ont fait une promesse d'Égalité. On se demande, en effet, si c'est toute la part que la future recueille ensuite dans la succession du donateur qui doit être comprise dans la donation et par conséquent dotale ; ou s'il ne faut considérer comme donnée

(1) Dalloz 1885. 4.298.

(2) Titre III 1369.

que la part de préciput dont le donateur s'est interdit de disposer par l'effet de la promesse. Pour ce dernier parti, l'on peut dire que la future tenant sa réserve de la loi et la promesse d'Égalité n'emportant aucun dépouillement actuel, la libéralité n'a nullement porté sur la réserve. Toutefois, comme la disposition doit être prise dans son ensemble, l'enfant vient à la succession plutôt en vertu du contrat de mariage qu'en vertu de la loi ; nous sommes portés à penser que les biens recueillis par lui en conséquence de la promesse d'Égalité sont dotaux, à moins que le contraire ne s'induisse de quelque clause ou expression du contrat de mariage ».

Certains auteurs, Troplong entre autres, se contentent de dire que les Institutions contractuelles entraînent la dotalité de ce qui est obtenu grâce à elles : ces auteurs doivent donc être mis hors de cause, puisque nous ne nions pas le principe, mais nous disons simplement que la dotalité dans l'hypothèse qui nous occupe, n'affecte que la part du disponible obtenu grâce à l'institution.

Les raisons, en effet, qui font pencher Rodière et Pont sont, croyons-nous, mauvaises. D'abord l'indivisibilité entre la part de réserve et celle de quotité disponible ne paraît guère soutenable : l'enfant obtient sa part intégrale en vertu de deux titres juridiques bien distincts : *a*) comme réservataire ; *b*) comme institué. Qu'est-ce que l'on a promis comme dotal dans le contrat de mariage ? 1° Les biens qui ont été donnés en avancement d'hoirie sur la

réserve ; 2° éventuellement la portion de quotité disponible au cas où le père partagerait celle-ci entre ses enfants ; mais on n'a pas promis autre chose dans ce contrat. Et comme la dotalité ne doit être envisagée que comme une *mesure d'exception*, on ne voit pas pourquoi la différence entre l'avancement d'hoirie et la portion virile de quotité disponible devrait être considérée comme dotale, alors qu'il n'en a été nullement question en stipulant le contrat de mariage. Et, nous le répétons, l'enfant ne vient point réclamer cette portion en qualité de son institution, mais bien en qualité de réservataire.

Précisons par un exemple. La part totale de l'enfant est de 100.000 francs. Il a touché 50.000 francs en avancement d'hoirie, sa part de quotité disponible lui fournit 25.000 francs ; ces deux sommes sont dotales, mais les 25.000 francs formant la différence seront paraphernaux pour l'excellente raison qu'ils n'ont pas été déclarés dotaux. Raisonner autrement serait, croyons-nous, entraîner la dotalité générale alors que le contrat de mariage semble l'avoir écartée alors surtout que l'intention du législateur est de ne considérer la dotalité que comme un droit absolument exceptionnel.

APPENDICE

Nous manquerions peut-être à la clarté, si nous ne disions quelques mots, avant de clore ce travail, de deux clauses qui ont un fort lien de parenté avec celle qui nous a occupé; nous voulons dire la clause d'Égalisation et celle qui, tout en assurant à l'enfant l'égalité avec ses frères et sœurs, lui accorde encore un traitement égal au plus favorisé d'entre eux.

I

Prenons la première des deux clauses. Un père marie sa fille, il constitue en sa faveur une dot peu importante et lui assure simplement l'Égalité. Nous savons ce que cela veut dire; au décès de son père le traitement de la fille instituée sera celui que nous avons longuement exposé. Il est donc certain que le père n'ayant assuré que l'égalité au moment de sa mort, la fille ne pourra rien critiquer jusqu'à cette date, si sa sœur reçoit par exemple une dot double de la sienne.

On a cherché à vaincre la difficulté en stipulant la clause d'Égalisation. Non seulement la fille obtiendra au décès le traitement accordé par la promesse d'Égalité; mais encore, au cas où sa sœur obtiendrait une dot supérieure à la sienne, il s'ouvrirait dès l'instant de cette constitution une action en complément à son profit. Nous avons parlé de dot, nous n'avons même pas assez généralisé, il faut aller plus loin et dire que l'effet de cette clause sera d'ouvrir au profit de l'enfant institué une action contre son auteur dès qu'une libéralité plus forte que celle qui lui aura été conférée aura été consentie au profit de l'un de ses frères.

En définitive, cette clause autorise l'enfant à gagner l'intérêt qui sépare l'époque de la libéralité faite à l'autre enfant au jour du décès, et dans la plupart des hypothèses, elle met l'enfant à l'abri de l'insolvabilité souvent voulue des parents; toutes choses que n'accorde pas la promesse d'Égalité.

Cette convention est-elle valable? A première vue, elle peut paraître bien anormale; car elle donne plus qu'une simple promesse d'Égalité, voire même une Institution contractuelle puisqu'elle frappe, d'une façon éventuelle, il est vrai, le patrimoine du disposant, alors qu'il est encore en vie, tandis que l'on sait que les institutions contractuelles n'ont d'effet qu'à la mort du donateur. Cependant la jurisprudence et la doctrine admettent avec raison cette clause qui, au témoignage de Boucheul, était déjà connue dans l'ancien droit.

En effet, pour valider la clause, il suffit de l'envisager sous un double aspect : avant la mort du disposant, c'est tout simplement une promesse de donation conditionnelle. Le disposant tient en effet à son enfant le raisonnement suivant : « Si je dispose au profit d'un de mes autres enfants d'une somme supérieure à celle que je t'ai donnée, je m'engage à disposer à ton profit d'une valeur équivalente. »

Si au contraire on l'envisage après la mort de l'instituant, nous sommes en face d'une simple promesse d'Égalité, et comme ces deux contrats stipulés par deux clauses différentes seraient absolument licites, il serait téméraire de les invalider lorsqu'ils ne forment plus qu'une seule convention.

II

La stipulation qui a encore beaucoup d'affinité avec la promesse d'Égalité — puisqu'elle vient la renforcer — est celle qui accorde à l'enfant institué un traitement égal au plus favorisé des frères ou sœurs (1). En étudiant la pro-

(1) Nous avons trouvé de ces sortes de clauses même dans l'ancien Droit. Voici un extrait d'un contrat de mariage provenant des archives de M^e Merle, notaire à Saint-Junien (Haute Vienne) :

Aujourd'hui cinquième février mil sept cent soixante cinq avant midi, en la ville de Saint-Junien, maison étude et par devant le notaire royal soussigné, les témoins bas nommés ont été présents : Gabriel Cheyrou laboureur, Maria Reynaud, sa femme et Pierre Cheyrou, leur fils, demeurant au village de Chanlias, paroisse de Saint-Martin-de-Jussac en Poitou d'une part, Léonard Démons, aussi laboureur, Marie

messe d'Égalité, nous avons en effet remarqué que l'instituant s'était simplement interdit de rompre l'égalité au préjudice de son enfant ; mais dès qu'il a accordé à l'institué sa portion virile dans la quotité disponible, il peut avantager un deuxième enfant, sauf bien entendu, si la chose est nécessaire, à réduire les autres à leur réserve. En effet l'enfant institué n'a pas à se plaindre, car si l'égalité est violée, ce n'est point à son préjudice ; il a sa portion virile et peu lui importe que le partage de ce qui reste soit fait entre les autres enfants d'une façon égale ou inégale, il ne peut en souffrir ; il n'a donc pas à s'en plaindre.

L'enfant par notre clause obtient donc plus, non seulement il aura sa part, mais encore il veut être aussi bien traité que celui qui obtiendra la meilleure portion ; de cette façon déjà rempli de sa portion virile dans la quotité disponible, il pourra réclamer une portion telle qu'il aura une

Lecomte, sa femme et Catherine Démons, leur fille demeurant au village du Buys en Limousin paroisse du dit Saint-Martin-de-Jussac, d'autre part.

Sur le Traité de mariage proposé entre le dit Pierre Cheyrou, et la dite Catherine Desmons afin qu'il s'accomplisse en face de notre Mère Sainte Eglise Catholique, Apostolique et Romaine. . . . pour supporter les charges du dit mariage, le dit Gabriel Cheyrou et sous son autorité la dame Marie Reynaud, ont constitué au dit Pierre Cheyrou, leur fils, futur époux, semblable part et portion en chacun de leurs biens, meubles et immeubles pouvant leur advenir qu'au plus avantage de leurs enfants sans en pouvoir avantager aucun directement ou indirectement au préjudice du dit futur.

part au moins égale à celle de l'enfant qui aura obtenu la meilleure part.

Il est inutile de dire que ce pacte est très licite. Le père, en mariant son enfant, peut l'instituer dans l'universalité de sa quotité disponible, il peut donc faire moins. Cette clause, à moins de stipulation contraire, ne vaut point égalisation, en un mot, l'égalité ou, pour mieux dire, l'avantage obtenu ne pourra être réclamé qu'à la mort de l'instituant.

Reste la question la plus épineuse ; qui devra supporter la réduction ? Pour obtenir sa part virile l'enfant devra suivre les règles que nous avons posées. Mais de plus un de ses frères a, par hypothèse, obtenu une somme de beaucoup supérieure à celle que lui aurait assigné une simple promesse d'Égalité. Si les autres frères et sœurs non institués, ont déjà reçu leur réserve (1) l'enfant avantagé devrait à notre sens, tâcher de rendre sa situation égale à celle du plus favorisé de ses frères ou sœurs, en s'appropriant avant tout partage, les clairs deniers laissés par son auteur dans la succession. Cette somme sera représentée par la différence entre celle qu'il aura pu recevoir déjà du *de cuius* et ce qui sera advenu au plus favorisé. Puis l'enfant pourra faire rescinder les legs consentis au profit des frères et sœurs et enfin les donations dans leur ordre chro-

(1) Il est bien entendu que ces sortes de clauses ne peuvent préjudicier en quoique ce soit la réserve qui devra toujours être complétée avant l'action dérivant du contrat de mariage.

nologique tel qu'il est indiqué par l'art. 923. Il est bien à remarquer que nous inclinons à croire que seules les donations et legs consentis au profit des autres enfants pourront être rescindés puisque le *de cujus* a simplement promis qu'au cas où il jugerait bon de partager la quotité disponible entre ses enfants, il accorderait à l'enfant qui se marie un traitement égal au plus favorisé (1). On peut donc soutenir que seule cette catégorie de libéralités qui ont été faites au mépris de la convention, doit partant être anéantie. Il arrivera encore que ce n'est pas l'enfant le plus favorisé qui sera toujours sujet à l'action en réduction : quoique l'hypothèse paraisse choquante au premier abord.

Examinons, en effet, la chose de plus près : au moment où le père a consenti des libéralités au plus favorisé des enfants, il conservait par devers soi des valeurs capables de permettre un avantage égal au profit de l'enfant institué. Il serait par conséquent injuste d'obliger l'enfant qui a été favorisé de rapporter son avantage, alors que la somme qui aurait pu être employée à payer l'enfant institué a été détournée de sa destination, et a été grossir le patrimoine d'autres enfants qui n'y avaient aucun droit.

Tâchons de rendre la chose plus claire, par un exemple : Un père a une quotité disponible de 100.000 francs. Il a trois enfants, deux garçons et une fille ; il marie sa fille en

(1) A moins bien entendu que la clause puisse être interprétée comme institution contractuelle pour portion virile.

lui stipulant une clause qui lui accordera un traitement égal au plus favorisé de ses enfants; il donne ensuite 40.000 francs à Primus, puis 35.000 à Secundus, à un tiers 20.000 et meurt laissant 15.000. La fille instituée avant tout partage devra s'approprier les 15.000 francs. Nous ne croyons pas qu'elle puisse attaquer la libéralité faite au profit du tiers, mais elle pourra réclamer non pas à Primus qui pourtant est l'enfant le plus favorisé, mais qui par hypothèse a obtenu la libéralité la plus ancienne, mais bien à Secundus la différence entre les 15.000 francs qu'elle s'est déjà appropriée et les 40.000 francs consentis par le père à Primus, soit 25.000 francs.

Et ce ne serait qu'au cas — en changeant, bien entendu, l'hypothèse présentée — où l'instituée aurait épuisé la libéralité consentie au profit de Secundus qu'elle pourrait réclamer à Primus la moitié de la différence entre ce qu'elle a obtenu par ces diverses actions et l'avantage qui a été consenti au profit de ce dernier. Que de complications! Heureusement que la clause n'est pas d'un emploi des plus fréquents.

(1) Pour ne pas compliquer l'hypothèse nous supposerons que la réserve a été partagée intégralement entre les trois enfants.

CONCLUSION

Arrivé au terme de ce modeste travail, cherchons à en dégager une conclusion pratique. Nous avons surtout remarqué que pour déduire d'une façon nette et précise l'effet de la promesse d'Égalité, il fallait surtout s'en rapporter à l'intention probable des parties plutôt qu'au contexte littéral de la clause. Il est en effet malheureux, à cause d'un vice de rédaction, d'arracher à un enfant des droits certainement consentis à son profit au moment où il contractait mariage ; aussi la jurisprudence qui limite cette clause, est-elle à notre avis plus à blâmer que celle qui l'étend. Et cependant, l'intérêt de l'instituant ne doit-il pas être ménagé, car lorsqu'une personne s'est simplement interdit de faire des libéralités pouvant préjudicier l'instituant, au profit de ses autres enfants et au détriment de celui qui se marie, peut-on dire qu'elle s'est défendu de donner à des étrangers.

Et pourtant, il faut l'avouer, la solution extensive n'est point si paradoxale ! La pratique notariale, d'autre part, méconnaît trop souvent cette controverse ou se méprend sur la portée de cette clause. Les partisans de l'assimilation,

en effet, vous diront que rédigée d'une façon ou d'une autre, la clause importe peu puisqu'elle a toujours une portée absolue : nous avons vu que cette opinion pourrait susciter plus d'une méprise. Aussi après l'examen de ces multiples controverses, qu'il nous soit permis de proposer, en terminant deux stipulations, l'une, portant Institution contractuelle pour portion virile et l'autre ne promettant que l'Égalité entre enfants. En insérant ces formules ou autres semblables ne prêtant à aucune ambiguïté, on épargnerait aux familles souvent des ennuis ou des frais considérables et aussi aux enfants de véritables injustices !

Promesse d'Égalité

En faveur du mariage projeté, M. X... promet à sa fille, future épouse, une égalité entière vis-à-vis de ses frères et sœurs dans le partage de sa future succession. En conséquence, il lui garantit, ainsi qu'aux enfants à naître du mariage projeté au cas de prédécès de cette dernière, sa part dans la quotité disponible au cas où il jugerait bon de partager la totalité ou une partie de cette dernière entre ses enfants.

Institution contractuelle (pour portion virile)

En faveur du mariage projeté, M. X... promet à sa fille, future épouse, l'intégralité de sa portion héréditaire dans sa future succession ; en conséquence, il s'interdit de faire toutes espèces de libéralités au profit de qui que ce soit, pouvant préjudicier d'une façon quelconque aussi bien la future épouse que les enfants à naître du mariage en cas de prédécès de cette dernière.

Vu par le Président
A. BOISTEL.

Vu :
Le Doyen de la Faculté,
CH. LYON-CAEN.

Vu et permis d'imprimer :
Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,
L. LIARD.

TABLE ANALYTIQUE DES MATIÈRES

INTRODUCTION

	Pages.
Les différentes donations de « biens avenir » leurs sources....	5
Institutions contractuelles.....	7
Modalités.....	8
Rappel.....	9
Promesse d'Égalité.....	10
Critique de ces pactes.....	11

PREMIÈRE PARTIE

LES ORIGINES

Les Origines Romaines.....	13
Un rescrit.....	15
Une novelle de Léon le Philosophe.....	17
Origines franques.....	18
Situation exceptionnelle des femmes.....	19
Influence chrétienne.....	21
Formules de Marculphe.....	23
Formules de Rozière.....	24
Portée de ces formules.....	25
Recherches de l'origine de la clause. Romaine?.....	26
Byzantine?.....	29

Franque	32
Part (?) d'influence romaine	33

DEUXIÈME PARTIE

L'ANCIEN DROIT

CHAPITRE PREMIER

Deux moyens pour accorder à la fille une situation meilleure dans la succession de ses auteurs : la Promesse d'Égalité et le Rappel	35
Qu'il ne faut pas confondre.....	36
Étude du Rappel en ce qu'il se rapproche de la promesse d'Égalité.....	37
Étude des coutumes du Bourbonnais.....	38
Coutume de la Marche.....	40
Qualité accordée par le Rappel : Héritier ? légataire ?.....	41
Évolution tendant à accorder la qualité d'héritier.....	45
Explication de cette évolution	48
Nécessité d'être davantage prémuni contre les libéralités consenties par les parents : d'où promesse d'Égalité..	49

CHAPITRE II

Nature de cette promesse.....	52
De la validité dans l'ancien droit.	54
Opinion de Boerius	55
Anne Robert développe la controverse, arguments pour la nullité... ..	56
Validité.....	59
Les auteurs, à partir du dix-septième siècle, valident la clause.	63

CHAPITRE III

La promesse d'Égalité devait être faite en contrat de mariage.	68
Était-elle spéciale à l'enfant institué.....	69
Une clause générale d'Égalité profite-t-elle à tous les enfants?	70
Cette clause peut-elle être tacite ?.....	71

Jurisprudence sur la question.....	73
Opinion des auteurs ...	78
Le Préciput et la promesse d'Égalité.....	78

CHAPITRE IV

Assurait-elle le partage intégral de la fortune du disposant?..	79
Dans l'ancien droit pouvait-on faire des dons modiques au profit d'autres enfants?.....	81
Différents moyens.....	84
Tendances de la fin de l'ancien Droit à voir avec plus de faveur les promesses d'Égalité.....	85
Et en général à favoriser l'égalité entre enfants.....	86

CHAPITRE V

Période révolutionnaire. Tendances égalitaires.....	90
Loi de nivôse, an II.....	91
Le pacte d'Égalité est valable sous cette législation.	92
Arrêt de Bordeaux.....	93
Loi de Germinal an VIII.....	94
A cette époque le pacte était-il valable?.....	95

TROISIÈME PARTIE

DROIT MODERNE

PRÉLIMINAIRES

Les travaux préparatoires ne parlent ni de la promesse d'Égalité ni de l'Institution contractuelle pour portion virile ...	97
Mais rien ne fait préjuger que ces pactes ne soient interdits...	98

CHAPITRE PREMIER

Définition de la promesse d'Égalité entendue strictement.....	101
Auteurs qui admettent cette manière de voir	102
Certains voient quelque chose de plus une « Institution contractuelle pour portion virile. ».	103

Mécanisme de pacte.....	104
Origine de cette disposition et de la confusion... ..	105
Faible mais sensible différence entre les deux clauses.....	106
Ces deux pactes dans notre droit sont licites.....	107
Opinion différente de Laurent et autres.....	107
Cause de leur erreur.....	108
A partir de quel moment commence l'effet du pacte....	112
Portion assurée d'après le nombre d'enfants au décès.....	114

CHAPITRE II

Étude de la controverse qui confond l'Institution contractuelle avec la promesse d'Égalité.....	117
Certains auteurs veulent que la promesse d'Égalité atteigne les libéralités <i>erga omnes</i>	118
Jurisprudence, arrêt de Limoges de 1863.....	120
Arrêt de la même Cour de 1888.....	123
D'autres au contraire ne voient qu'une promesse d'Égalité res- treinte là où il y a Institution contractuelle.....	126
Arrêt de Bordeaux.....	127
Arrêt de Paris.....	129
Recherche d'une opinion équitable en jurisprudence.	131
Interprétation d'un arrêt de la Cour de cassation.....	133
Arrêts de Riom qui jugent <i>en fait</i>	134
Arrêt d'Orléans.....	135

CHAPITRE III

La promesse d'Égalité et les interpositions de personnes.....	137
La question des dons modiques, calcul de la réserve de l'en- fant institué.....	139
Arrêt de la Cour de Douai et les substitutions.....	140
Les obligations naturelles entraînent-elles rupture de l'Éga- lité?.....	144

CHAPITRE IV

Les parents qui ont stipulé l'Égalité peuvent faire un partage présuccessoral	147
Le partage est-il rescindable pour lésion de moins d'un quart?	148
Jurisprudence et auteurs	149
Opinion admise	150

CHAPITRE V

On stipule souvent le régime dotal avec une promesse d'Éga- lité dans le même contrat	153
Étendue de la dotalité	154
Jurisprudence	155
Opinion admise	157

APPENDICE

De la clause d'Égalisation, explication sommaire de son méca- nisme	160
De celle accordant à l'enfant qui se marie un traitement égal au plus favorisé	161
Réduction des donations dans cette hypothèses	163
CONCLUSION	167

